

GATS, VANNRETTIGHETER OG NASJONALT REGULERINGSROM

Kandidatnummer: 102

Veileder: Ole Christian Fauchald

Leveringsfrist: 1. juni 2006

Til sammen 32 205 ord

01.06.2006

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Bakgrunn.....	1
1.2	Tema	2
1.3	Rettskilder og metode	5
DEL 1: Introduksjon		8
2	Vann som menneskerettighet.....	8
2.1	Hjemmel.....	8
2.2	Hva innebærer retten til vann?	11
3	GATS-avtalen	13
3.1	Introduksjon til GATS avtalen.....	13
3.2	GATS avtalens virkeområde.....	14
3.2.1	Tjenestehandel i GATS.....	14
3.2.2	Hvilke tiltak omfattes?	16
3.2.3	Hvilke myndighetsnivå og hvilke tjenester omfattes?	18
DEL 2: Vanntjenester og bindinger i GATS		19
4	Vannsektoren	19
4.1	Hva er vanntjenester?.....	19
4.2	Utviklingstrender, strukturer og rettigheter	21
4.3	Myndighetene som regulator og ressursforvalter	21
4.4	Myndighetene som tjenesteleverandør	22
5	Vann i GATS avtalen.....	26

5.1	Innledning	26
5.2	Klassifiseringssystemet.....	27
5.2.1	W/120 og CPC	27
5.2.2	Klassifisering av vanntjenester	29
5.3	Utfordringer med klassifiseringssystemet.....	34
5.4	Bindingslister	36
5.4.1	Innhold	36
5.4.2	Sektor spesifikke bindinger.....	37
5.4.3	Horisontale forbehold	38
5.4.4	Endring av bindingslistene.....	38
5.5	Utfordringer med bindingssystemet.....	39
5.5.1	Lock in effekt.....	39
5.5.2	Kunnskap og kapasitet	41
5.5.3	Asymmetrisk liberalisering.....	42
5.5.4	Makt asymmetri	43
5.6	Konklusjon.....	44
DEL 3:	Reguleringsrom i GATS- avtalen	45
6	Forordet til GATS	45
7	Nasjonal behandling.....	47
7.1	Introduksjon	47
7.2	Rekkevidde Art XVII.....	47
7.3	Ikke mindre gunstig	48
7.3.1	De jure og de facto diskriminering, Art. XVII nr 2	49

7.3.2	Har reguleringens formål betydning?	51
7.3.3	Nasjonal behandling og subsidier	53
7.3.4	”Tilsvarende” tjenester og tjenesteyter	55
7.4	Konklusjon nasjonal behandling.....	61
8	Markedsadgang	63
8.1	Innledning	63
8.2	Prinsippet om markeds adgang	64
8.2.1	Kvantitative begrensninger Art XVI.2, bokstav a-d	64
8.2.2	Samlede verdi.....	66
8.2.3	Nummeriske grenser	67
8.2.4	Andre forbudte begrensninger, Art. XVI bokstav e og f	73
8.3	Rekkevidde Art XVI.....	75
8.4	Vanntjenester og naturlig monopol.....	81
8.5	Konklusjon markeds adgang.....	82
9	Innenlandsregulering.....	83
9.1	Innledning	83
9.2	GATS Art VI.4.....	84
9.2.1	Rekkevidde av fremtidige bestemmelser	84
9.2.2	Omfang og virkning av nødvendighetstest	87
9.2.3	Forholdet mellom Art. VI:4 og Art. XVI og XVII	91
9.2.4	Art VI.5	92
9.2.5	Konklusjon.....	92
10	Unntaksbestemmelser	93

10.1	Unntak for offentlige tjenester?	93
10.1.1	Innledning	93
10.1.2	Utøvelse av statsmyndighet	94
10.1.3	Kommersiell basis.....	95
10.1.4	I konkurranse med.....	99
10.1.5	Kontekst: sektorbindinger og annekser.....	101
10.1.6	Konklusjon unntak for offentlige tjenester	103
10.2	Unntak for offentlige innkjøp	103
10.3	Generelle unntak	106
10.3.1	Tjene et listet mål.....	107
10.3.2	Offentlig moral eller orden, Art XVI (a)	108
10.3.3	Verne mennesker, dyrs eller planters liv, Art XVI (b)	109
10.3.4	”Nødvendighet”	110
10.3.5	Konklusjon generelle unntak	113
11	Konklusjon.....	115
12	Literaturliste.....	118

1 Innledning

"Water promises to be to the 21st century what oil was to the 20th — the precious commodity that determines the wealth of nations."

Fortune magazine, mai 2000

1.1 Bakgrunn

Vann er grunnleggende for menneskers liv og helse. Likevel mangler over 1 milliard mennesker tilgang til grunnleggende vannforsyning, og flere milliarder har ikke tilgang til tilfredsstillende rent vann og fungerende kloakksystem¹. Ca 14.000 – 30.000 mennesker, for det meste barn og eldre, dør hver dag av vannrelaterte sykdommer.

Blant de som er mest berørt av helsefarlig vann, er de fattige i både landlige og urbane omgivelser. Omtrent 80 % av de som ikke har tilgang til vannressurser, er de fattige på landsbygda. 'Kostnaden' ved enkeltindividers manglende tilgang til rent vann reflekteres bl.a. i den daglige tidsbruken på henting av vann, tid som 'stjeles' fra andre aktiviteter som utdanning, lønnet arbeid, husarbeid, barnepass eller andre produktive aktiviteter. Kvinner lider ofte mest av manglende tilgang til vann og renhold. Nesten 70 % av de 1.3. milliarder mennesker som lever i ekstrem fattigdom er kvinner². Det er også kvinner som ofte har ansvar for vannforsyning i familien, og byrden for å skaffe vann faller derfor på kvinnene.

Vannmangelen et økende problem i verden, og dette har sammenheng med både befolkningsvekst og økt vannforbruk per person. Ferskvanns ressurser over hele verden

¹ WHO, The Global Water Supply and Sanitation Assessment, 2000

² WHO 2001

overutnyttet, forurenses og degraderes, og truer i økende grad det økosystem som menneskelig helse, velferd og industrielle utvikling er avhengig av. FN estimerer at med et forbruk på dagens nivå, vil 2/3 av verdens befolkning oppleve underskudd på vann innen 2025.³

For å møte disse utfordringene gjennomgår mange land systematiske endringer i forvaltning av vannressurser og forsyning av vanntjenester. Privatisering og liberalisering av vanntjenester har vært en sterk trend de siste par tiår, og private selskaper har i stadig større grad overtatt funksjoner som tradisjonelt har vært ivaretatt av det offentlige.

Selv om privatisering og liberalisering kan være nyttige verktøy for å gjøre vanntjenester mer funksjonelle og effektive, reiser det også spørsmålet om hvordan en slik trend passer inn i strategier om bærekraftig utvikling og i forhold til statens plikt til progressiv realisering av menneskerettighetene.

1.2 Tema

Liberaliseringstrenden har i de siste tiår blitt sementert gjennom utviklingen av internasjonale handelsregler som forplikter medlemsstater og påvirker statenes evne og vilje til å regulere vannsektoren. GATS avtalen er den første globale avtale som dekker handel med tjenester, og inneholder en rekke bestemmelser som kan få innvirkning på statenes suverenitet til å regulere tjenestesektoren.

GATS har blitt beskyldt for å være et angrep på liv, livsopphold og grunnleggende menneskerettigheter til fattige i utviklingsland, særlig i relasjon til avtalens potensial om å promotere kommersialisering av livgivende ressurser som vannforsyning og andre sensitive

³ The Freshwater Resource of the World – A comprehensive Assessment, report of the Secretary general of the United Nations, 1997

sektorer som helse og utdanning.⁴ Liberalisering av vanntjenester i GATS har også skapt betydelig offentlig debatt. Kritikere argumenterer at GATS vil fjerne nasjonale myndigheters rett til å regulere eller begrense levering av tjenester for å nå offentlige politiske målsettinger, slik som universelle tjenesteobligasjoner, likhet, fattigdomsreduksjon og forbrukerbeskyttelse. I relasjon til vanntjenester har det blitt hevdet at GATS blant annet vil resultere i høyere priser for forbrukere, en konsentrasjon av tjenester på høy inntektsforbrukere og urbane områder, og nedgang i sysselsetting.

Spørsmål knyttet til overnevnte problemstillinger har blitt reist av en rekke NGOer og menneskerettighets- eksperter,⁵ bl.a. FNs høykommissær for menneskerettigheter som i juni 2002 utgav en rapport om forholdet mellom liberalisering av tjenester og menneskerettigheter.⁶ Rapporten identifiserte en rekke problemer knyttet til implementering av handels - liberaliseringen. En av bekymringene som trekkes frem i rapporten, er at GATS potensielt kan innvirke på myndighetenes mulighet til å oppfylle sine internasjonale menneskerettighetsforpliktelser:

“many government regulations come within the scope of the GATS. While GATS acknowledges government’s right to regulate in its preamble, the question remains as to the extent to which GATS can affect government regulations that might have an impact on trade – including government regulations relevant to the promotion and protection of human rights”⁷

Denne oppgaven tar utgangspunkt i at vann er en grunnleggende menneskerettighet, og at dette pålegger statene et ansvar for å sikre borgerne en tilgang på vann som er universell og ikke diskriminerende. Dette innebærer at det kan være nødvendig for myndigheten å kunne

⁴ Metha: “Is the WTO after your water? The general Agreement on Trade in Services (GATS) and poor people’s right to water” (2005)

⁵ Blant annet; Save the Children, The Third World Network, The Global Policy Forum, Alliance for Democracy, Friends of the Earth International, Attack

⁶ UN High Commissioner for Human Rights “Liberalization of trade in services and human rights” (2002)

⁷ ibid på s. 4 i Executive summary

ta i bruk ulike sosiale tiltak for å sikre at også marginaliserte segmenter av samfunnet får tilgang på vann.

Internasjonale handelsavtaler kan redusere myndighetenes fleksibilitet til å implementere vannforvaltningspolitikk. Fokus for oppgaven er hvorvidt GATS- avtalen påvirker myndighetenes regulerings rom i vannsektoren, og hvordan dette videre påvirker statenes evne til å oppfylle sine menneskerettighetsforpliktelser i relasjon til vanntjenester.

Fordi det er utviklingsland som har størst problemer med å oppfylle sine menneskerettighetsforpliktelser i relasjon til vann (vannmangel/ ulikhet/ manglende betalingsevne hos kunder/ dårlig utbygd nettverk m.v.), vil oppgaven se særlig hen til utviklingslandenes posisjon.

Selv om oppgaven har fokus på levering av vanntjenester, viktig å være klar over at mange vannrelaterte spørsmål dukker opp i andre sektorer enn vannleveranse. Dette gjelder særlig i relasjon til forvaltning av vann som naturressurs. Spørsmål knyttet til tjenestesektorer som trenger vann som input til sin produksjonsprosess, eller som forurensar eller infiserer vann, er også viktige. Jeg vil også berøre problemstillinger knyttet til dette.

Del 1

Oppgaven tar utgangspunkt i at vann er en grunnleggende menneskerettighet, og at dette pålegger dette statene visse forpliktelser. Kapittel 2 gir en redegjørelse for vann som en menneskerettighet og ser på hva denne retten innebærer for statene. Videre vil kapittel 3 gi en introduksjon til GATS avtalen og dens virkeområde.

Del 2

Kapittel 4 ser nærmere på hva vanntjenester egentlig er, og på hvilken rolle staten har som ressursforvalter, regulator og tjenesteleverandør i denne sektoren. I hvilken GATS grad får anvendelse på vanntjenester er avhengig av hvorvidt slike tjenester er bundet i GATS avtalen. Dette skal jeg se nærmere på i kapittel 5, som tar for seg bindingslistene og

spørsmål knyttet til klassifisering av vanntjenester i GATS. Herunder vil jeg også drøfte avtalens fleksibilitet og frivillighet i relasjon til spesifikke bindinger.

Del 3

Del 3 vil belyse myndigheters regulerings rom i GATS- avtalen, med utgangspunkt i de tilfeller der staten har påtatt seg spesifikke bindinger. Hovedfokus vil være på den harde kjerne av GATS regler; markedsadgang og nasjonal behandling, kapittel 7 og 8. Videre vil jeg se kort på fremtidige regler om innenlands regulering i kapittel 9, og avslutningsvis vil jeg gjennomgå ulike unntaksbestemmelser i GATS, og vurdere hvorvidt de er aktuelle i relasjon til vanntjenester, kapittel 10.

Avgrensninger

Fremstillingen i denne oppgaven tar ikke for seg hele GATS avtalen, men fokuserer på de bestemmelser som begrenser reguleringsrommet når et medlemsland har tatt spesifikke bindinger i vannsektoren, herunder problemer knyttet til selve bindingsprosessen.

I spørsmålet om GATS avtalens innvirkning på statenes evne til å oppfylle sine menneskerettighetsforpliktelser oppstår også det generelle spørsmålet om forholdet mellom menneskerettigheter og handelsrettigheter. Jeg avgrenser mot en nærmere drøfting av hva som skjer ved motstrid mellom forpliktelser etter ulike internasjonale traktater.

I relasjon til menneskerettigheter og vanntjenester, er det også et høyst aktuelt spørsmål også om liberalisering av tjenester er den riktige metoden. Dette spørsmålet vil bli berørt, men ikke drøftet i dybden.

1.3 Rettskilder og metode

Oppgaven vil anvende juridisk metode som forutsettes kjent.

GATS er en internasjonal traktat, og folkerettens regler om traktat tolkning får anvendelse. Dette fremkommer også av WTOs eget avtaleverk, jf Dispute Settlement Understanding

Art 3.2.⁸ Det er bredt akseptert at disse reglene har blitt kodifisert i ”Vienna Convention on the Law of Treaties”, Art 31-33. Tolkningsprinsippene regnes også som etablert sedvanemessig folkerett.

Den mest sentrale rettskilde vil være selve avtaleteksten, jf Vienna Convention on the Law of Treaties Art 31.1. GATS- avtalen har en komplisert struktur, og avtaleteksten er vag, abstrakt og uten klargjørende tilleggsk dokumenter eller offisielle tolkningsdokumenter. Mange bestemmelser er løst definert og brede i terminologi, slik at omfanget av deres anvendelighet må underlegges skjønnsmessig tolkning.

Et annet særtrekk ved avtalen er at den ikke er ferdig utformet. De enkelte lands bindingslister er en forpliktende del av avtalen, og vil være en viktig rettskilde for å vurdere GATS- avtalens rekkevidde i vannsektoren. Det foreliggende avtaleverket er et hovedrammeverk med relativt få spesifikke bindinger som er gjenstand for stadig pågående forhandlinger om nye bestemmelser og økt liberalisering av flere sektorer.

Videre vil avgjørelser fra WTOs tvisteløsning være en sentral rettskilde. WTOs tvisteløsning er ansett som en av hjørnesteinene i det multilaterale handelssystemet. Dersom en tvist ikke blir avklart gjennom konsultasjoner, krever Dispute Settlement Understanding (DSU) at det skal opprettes et Panel som skal avgjøre tvisten. Panelets avgjørelse kan ankes til Appellorganet, hvis avgjørelse er autorative og endelige tolkninger av hvordan ulike bestemmelser og bindinger skal forstås. Det har foreløpig kun vært avsagt en kjennelse utelukkende på grunnlag av GATS, og kun et fåtall andre avgjørelser er direkte relatert til GATS. Det finnes et langt større omfang av tvisteløsning i relasjon til GATT som er WTOs avtale for varehandel. Mange bestemmelser i GATS er liknende i ordlyd og substans som tilsvarende bestemmelser i GATT, og tvisteløsning under GATT avtalen kan derfor være relevante tolkningsmoment til uklare bestemmelser i GATS.

⁸ www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm#Understanding

I tillegg vil jeg anvende uttalelser fra WTO sekretariat, forhandlingshistorien og omstendigheter rundt avtalens sluttegning, jf Vienna Convention on the Law of Treaties Art 32.

DEL 1: Introduksjon

2 Vann som menneskerettighet

2.1 Hjemmel

I 1948 vedtok FNs Generalforsamling i en resolusjon Verdenserklæringen om menneskerettighetene. Som erklæring er den ikke formelt rettslig bindende for statene, men mange av bestemmelsene blir nå ansett som folkerettslig sedvanerett og har vært gjentatt i flere folkerettslig bindende regelverk. I følge artikkel 25 av Verdenserklæringen om menneskerettighetene har ”enhver rett til en levestandard som er tilstrekkelig for hans og hans families helse og velvære, og som omfatter mat, klær, bolig og helseomsorg og nødvendige sosiale ytelser...” Det har fra flere menneskerettighetseksperter vært hevdet at retten til vann kan tolkes implisitt i retten til en tilstrekkelig levestandard fordi vann er en nødvendig forutsetning for alt liv.⁹

I 2002 vedtok FNs Komite for økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter¹⁰ Generell kommentar nr. 15 (2002) om retten til vann.¹¹ Generell kommentar nr. 15 fastslår at retten til vann er en menneskerettighet, og baserer dette prinsipielt på artikkel 11 og 12 av den internasjonale konvensjonen om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter. Artikkel 11 (1) konstaterer at alle mennesker har rett til en tilstrekkelig levestandard for seg og sin familie,” *including adequate food, clothing and housing*”. Denne delen av artikkelen ligner

⁹ McCaffrey; The Human right to Water revisited (2004), Salman: The human right to water: legal and policy dimensions (2004), Scanlon; Water as a Human Right? (2004)

¹⁰ UN Committee on Economical, Social and Cultural Rights (CESCR)

¹¹ General Comment 15

i sin natur på artikkel 25 i Verdenserklæringen om menneskerettighetene, og man kan argumentere for at retten til vann ligger implisitt i retten til mat. Generell kommentar nr. 15 fremholder: *“The use of the word “including” indicates that this catalogue of rights was not intended to be exhaustive. The right to water clearly falls within the category of guarantees essential for securing an adequate standard of living, particularly since it is one of the most fundamental conditions for survival.”* Konvensjonens Artikkel 12 omhandler retten til helse, og ifølge Generell kommentar nr. 15 er retten til vann *“....inextricably related to the right to the highest attainable standard of health.”*¹²

Artikkel 6 av Den internasjonale konvensjonen om politiske og sivile rettigheter fastslår at ethvert menneske har en iboende rett til liv, og at denne må beskyttes ved lov. ”Retten til liv” har tradisjonelt blitt tolket dit hen at ingen skal berøves livet i sivil eller politisk forstand, og garanterer ikke mennesker mot døden som følge av sult eller kulde eller mangel på medisinsk tilsyn. Imidlertid har FNs menneskerettighetskomité vedtatt en mer progressiv doktrine ved å uttale at:

*”[MRK] har notert at retten til liv for ofte er blitt tolket for strengt. Uttrykket ’iboende rett til liv’ kan ikke oppfattes i streng forstand, og beskyttelsen av denne retten krever at stater iverksetter positive tiltak. I denne forbindelse anser komiteen at det ville være ønskelig for stater å gjøre alt i deres makt for å redusere barnedødeligheten og heve forventet levealder, og særlig iverksette tiltak for å få bukt med feilernæring og utrydde epidemier.”*¹³

Gitt den nære sammenhengen mellom rent drikkevann og barnedødelighet, kan det også argumenteres for at retten til vann ligger implisitt i retten til liv. Denne tolkning er imidlertid kontroversiell og kan ikke sies å være allment akseptert.

Barnerettighetskonvensjonen¹⁴ konstaterer i artikkel 24 at partene erkjenner barnets rett til å nyte godt av den høyest oppnåelige helsestandard og av tilbud om behandling av sykdom

¹² ibid

¹³ General Comment nr. 6

og rehabilitering. For å sikre full gjennomføring av denne rettigheten, skal partene treffe hensiktsmessige tiltak for å ”bekjempe sykdom og feilernæring, også innenfor rammen av primærhelsetjenesten, ved bl.a. å anvende allerede tilgjengelig teknologi og gjennom å stille tilstrekkelig nærende matvarer og rent drikkevann til rådighet ...”, art. 24,2(c).

I likhet med Barnerettighetskonvensjonen inneholder Kvinnekonvensjonen (CEDAW)¹⁵ en eksplisitt referanse til vann som en menneskerettighet. I følge artikkel 14,2 skal de deltagende statene ”treffe alle egnede tiltak for å avskaffe diskriminering mot kvinner på landsbygda, slik at de får delta i og dra nytte av distriktsutbyggingen på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner. Særsilt skal de sikre disse kvinnene rett til: å nyte godt av tilfredsstillende levekår, især når det gjelder bolig, sanitære forhold, elektrisitets- og vannforsyning, transport og kommunikasjoner.”

Retten til vann nevnes også i den humanitære folkeretten, og i en rekke internasjonale erklæringer og resolusjoner,¹⁶ senest i tusenårsmålene som tar sikte på å halvere andelen mennesker uten tilgang på rent drikkevann innen 2015.¹⁷ Selv om slike erklæringer og resolusjoner ikke er juridisk bindende, gir de uttrykk for en generell trend i utviklingen av folkerettens sedvane. Det økende presset på verdens ressurser av ferskvann har også bidratt til en større anerkjennelse av, og bevissthet om vann som menneskerettighet. Senere

¹⁴ FNs konvensjon om barnets rettigheter (1989). Barnekonvensjonen er den mest aksepterte menneskerettighetstraktaten noensinne og er blitt ratifisert av 192 land.

¹⁵ FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner (CEDAW), (1979)

¹⁶ Verdenserklæringen om menneskerettighetene (1948), Mar del Plata-erklæringen, FNs vannkonferanse (1977), Handlingsplanen til Den internasjonale konferansen om befolkning og utvikling, Kairo (1994), Agenda 21, FNs konferanse om miljø og utvikling (1992), Stockholm-erklæringen, FNs konferanse om det menneskelige miljø (1972), FNs Generalforsamlings resolusjon (35/1980), Rio-erklæringen om miljø og utvikling, FNs konferanse om miljø og utvikling (1992), Habitat Agenda, FNs Habitat II-konferanse, Istanbul (1996), Roma-erklæringen om sikkerhet for verdens matvarer (1996), Johannesburg-planen for iverksetting av Verdenstoppmøtet om bærekraftig utvikling (2002)

¹⁷ <http://www.un.org/millenniumgoals/>

internasjonale menneskerettighetstraktater omfatter også uttrykkelige referanser til retten til vann.

2.2 Hva innebærer retten til vann?

Under internasjonal menneskerettighetslovgivning er statene som er det forpliktete subjekt med ansvar for å realisere menneskerettighetene for alle mennesker innen dets jurisdiksjon. Statens ansvar kan anses å ha tre deler: ansvar for å respektere menneskerettighetene (dvs at staten ikke selv gjør brudd menneskerettighetene), ansvar for å sikre respekt for menneskerettighetene (dvs at staten må hindre at andre gjør brudd på menneskerettighetene), og ansvar for å fremme menneskerettighetene (dvs at staten må ta positive skritt for en progressiv forbedring av menneskerettighetene). Historisk har statens hovedmetode for å møte sine forpliktelser vært å selv sørge for levering av sosiale tjenester, særlig gjelder dette i relasjon til forpliktelsen til å fremme menneskerettighetene. Helsetjenester, utdanning, velferdstjenester, vanndistribusjon og sanitærtjenester er noen av de tjenester som tradisjonelt har blitt levert av myndighetene og som direkte bidrar til realisering av menneskerettighetene.

Retten til vann innebærer i følge Generell kommentar nr. 15 at alle har tilgang på “sufficient, safe, acceptable, physically accessible and affordable water for personal and domestic uses,” og komiteen identifiserer bl.a. “unaffordable increases in the price of water” som et brudd på menneskerettighetene.¹⁸

Det kan være hensiktsmessig å definere statenes forpliktelser i relasjon til retten til vann i overensstemmelse med statens forpliktelser til andre sosiale og økonomiske goder. Konvensjonen om Økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter oppfordrer til progressiv realisering av rettighetene og erkjenner at mange stater på grunn av begrensede ressurser har vansker med å oppnå umiddelbar realisasjon. Dette innebærer at staten har en forpliktelse til å utøve en politikk og organisere vannsektoren på en slik måte at retten til

¹⁸ CESCR, 2002, generell kommentar nr 15

vann blir progressivt realisert, enten det gjøres gjennom offentlige vannleveranser eller gjennom reguleringer av markedet.

FN høykommissæren for menneskerettigheter påpeker også dette i rapporten “Liberation of Trade in Services and Human Rights;”

*”Human Rights law does not place obligations on States to be the sole provider of essential services; however, States must guarantee the availability, accessibility and adaptability of essential services including their supply, especially to the poor, vulnerable and marginalized”*¹⁹

Rapporten at fremhever at myndighetene har behov for – og plikt til – å regulere:

*’[i]n human rights terms, the need to regulate...is in fact a duty to regulate; the obligation on States to ‘fulfil’ human rights requires States to take appropriate measures towards the full realisation of such rights’*²⁰

Regulering av essensielle tjenester som er knyttet til realisering av menneskerettighetene er altså en forpliktelse for statene. Den videre problemstilling i den oppgaven vil være hvorvidt GATS begrenser myndighetenes evne til å oppfylle sine menneskerettighetsforpliktelser ved å sette grenser for myndighetenes regulerings rom. Men først en introduksjon til GATS avtalen.

¹⁹ “Economic, Social and Cultural rights: Liberation of Trade in Services and Human Rights”

²⁰ *ibid*

3 GATS-avtalen

3.1 Introduksjon til GATS avtalen

Internasjonal handel med tjenester utgjør nærmere en femtedel av global grenseoverskridende handel, og de fleste tjenestesektorer er gjenstand for ulike former for handels hindringer. GATS sikter mot å øke internasjonal tjenestehandel gjennom å sørge for åpenhet og gradvis liberalisering av tjenestemarkeder. Essensielt etablerer den et rammeverk hvor WTO medlemmers tjenesteytere får adgang til markeder i andre WTO stater gjennom å sette visse grenser for hvordan tjenesteleveranser kan reguleres.

GATS- avtalen er den første globale avtalen som dekker handel med tjenester, og trådte i kraft i forbindelse med opprettelsen av WTO i 1995. GATS utgjør sammen med GATT (varehandel) og TRIP (immaterielle rettigheter) kjernen i WTOs avtaleverk. GATS er en juridisk bindende avtale, og brudd på forpliktelser under avtalen kan bringes inn for WTOs tvisteløsningssystem. Det er statene som er avtaleparter i GATS avtalen, og derfor kun statene som har mulighet til å fremme en sak for WTOs tvisteløsningsorgan.

GATS avtalens virkeområde er bredt, den omfatter alle typer tiltak i alle tjenestesektorer, og får anvendelse på statlig, regionalt og lokalt nivå. Avtalen har en kompleks struktur med to hovedelement; et generelt rammeverk og bindingslister. Det generelle rammeverket definerer GATS- avtalens virkeområde (del I), gir bestemmelser om gradvis liberalisering samt fremgangsmåte for endring av spesifikke bindinger (del IV), og inneholder regler for tvisteløsning (del V). Hovedteksten er videre strukturert slik at den inkluderer parallelt men internt relatert sett med regler;

Del II inneholder 'generelle forpliktelser og ordninger' som i stor utstrekning gjelder alle tiltak som får innvirkning på handel med tjenester. Blant de mest generelt anvendelige er

bestevilkårsbehandling(art II)²¹ og åpenhet (art III). Forpliktelse til Bestevilkårsbehandling innebærer at det ikke må ikke diskrimineres mellom medlemsstater i WTO i behandling av utenlandske tjenester og tjenesteytere, det vil si et krav om likebehandling av aktører fra ulike utland. Etter bestemmelsen om åpenhet forplikter medlemsland seg til å formidle informasjon om alle relevante tiltak med betydning for GATS- avtalen og medlemmets bindinger under denne.

Del III inneholder et mer inngripende sett av regler om blant annet 'markedsadgang' (art XVI)'nasjonal behandling' (art XVII) og innenlands regulering (art VI) som kun får anvendelse der det enkelte medlemsland positivt har bundet en sektor. De enkelte lands bindinger fremgår av de nasjonale bindingslistene (anneks 3).

I tillegg inneholder avtalen tema baserte anneks og tilbehør angående reguleringsprinsipper som det er gjort beslutninger om i spesifikke sektorer og for spesifikke tema. Disse inkluderer anneks for MFN unntak, lufttrafikk tjenester, finansielle tjenester, maritime transporttjenester og telekommunikasjon. Vedleggene består av en rekke ministerdeklarasjoner angående gjennomføringen av GATS, deriblant prosedyrer for tvisteløsning, tjenestehandel og miljø, og bevegelse av fysiske personer. De fleste av disse ikke-bindende og generelle i ordelag, men denne type tolkningsuttalelser kan få stor betydning i fremtiden i forbindelse med klargjøring av tvetydige bestemmelser.

3.2 GATS avtalens virkeområde

GATS avtalen gjelder 'tiltak som har innvirkning på handel med tjenester'', Art I:1

3.2.1 Tjenestehandel i GATS

Tradisjonelt har internasjonal handel referert til en eller annen form for grenseoverskridende overføring. Tjenestehandel har imidlertid visse særegne

²¹ Most favoured Nation (MFN)

karakteristikkene. For det første må produksjon og konsum av tjenester vanligvis skje simultant. I den grad en tjeneste krever simultan produksjon og konsum, er også fysisk tilstedeværelse mellom leverandør og konsument nødvendig. For eksempel er utførelse av helsetjenester og flere utdanningstjenester avhengig av stedlig interaksjon mellom produsent og konsument. Videre er tjenester ofte av ikke-materielle karakter, og anses gjerne som erfaringsgoder. I mange tilfelle er det umulig å vurdere kvaliteten på en tjeneste før den er utført, og en konsument vil gjerne velge de tjenestetilbydere som han eller hun har hatt erfaring med tidligere fordi konsumenten da vet hvilken kvalitet tjenesten har.²²

GATS definerer 'handel med tjenester' ved å henvise til ulike leveringsmåter, Art. I(2) a-d. Disse leveringsmåter er grunnleggende basert på basis av tjenesteyter og konsumentens opprinnelse og hvilken grad og type territorial tilstedeværelse disse har idet tjenesten blir levert. Ved ytelse etter modus a eller b er tjenesteyter ikke tilstede i medlemslandets territorium, mens ytelsesmåte c og d forutsetter tjenesteyters tilstedeværelse på medlemslandets territorium. Det enkelte lands bindinger skal gjøres i forhold til de ulike ytelsesmåter.

“fra et medlems territorium til et annet medlems territorium”

Denne ytelsesmåte skjer når forbruker blir værende i medlemslandet mens tjenesten krysser grensen (grenseoverskridende handel). Tjenesten kan for eksempel leveres via telefon, internett, tv eller liknende.

“på et medlems territorium til et annet medlems tjenesteforbruker”

Denne ytelsesmåte finner sted når forbruker beveger seg utenfor sitt hjemland og forbruker tjenester i et annet land. Turisme eller medisinsk behandling i utlandet er typiske eksempel. Men denne kategorien dekker imidlertid også det tilfellet der forbrukers eiendeler beveger seg over grensen for å få tjenester levert på et annet territorium, for eksempel skips reparasjoner.²³

²² Leo A. Grunfeld, "Eksport av tjenester og Potensialet for økt verdiskapning i Norge", (2003)

²³ Scheduling Guidelines

“kommersiell tilstedeværelse på et annet medlems territorium”

Denne kategorien gjenspeiler at det i tjenestesektoren ofte er nødvendig å etablere kommersiell tilstedeværelse i utlandet for å oppnå nærkontakt med forbruker i vedkommendes hjemmeområde og på de ulike stadier av produksjon og levering. Kommersiell tilstedeværelse dekker ikke bare juridiske enheter i en streng juridisk forstand, men også juridiske enheter som deler noen av de samme karakteristikker, slik som representasjonskontor eller underavdeling. Gjennom ytelsesmåte 3, ”kommersiell tilstedeværelse”, gir GATS i effekt bestemmelser om hvordan et land kan regulere utenlandske selskap som opererer innenfor dets grenser, bl.a. gjennom forbud mot begrensninger på utenlandsk kapitaldeltakelse. På denne måten er GATS også delvis en investeringsavtale.²⁴

”fysiske personers tilstedeværelse”

Denne ytelsesmåte finner sted når et individ har flyttet inn i territoriet til forbrukerne for å yte en tjeneste, enten på egne vegne eller på vegne av arbeidsgiver. Kategorien dekker både selvstendig næringsdrivende og ansatte. Bestemmelsen gjelder kun midlertidig tilstedeværelse, men GATS inneholder ingen definisjon av hva som er midlertidig. I de enkelte lands bindingslister er dette ofte satt til 2-5 år, men dette kan være forskjellig for forskjellige kategorier. Eksempler på tjenester som dekkes av mode 4 er kort tids ansettelse som (betalt) hushjelp, bygningsarbeider, lege e.l.

3.2.2 Hvilke tiltak omfattes?

Ifølge Art I dekket GATS avtalen ’tiltak medlemmene treffer som har innvirkning på handel med tjenester’.²⁵

²⁴ Ostrovsky, Aaron: GATS, Water and the Environment” (2003) s 23

²⁵ Art I nr 1

Tiltak er definert i Art XXVIII(a) som; 'ethvert tiltak et medlem treffer i form av en lov, forskrift, regel, fremgangsmåte, vedtak, administrativ avgjørelse eller i hvilken som helst annen form'.

Det er videre en forutsetning at det aktuelle tiltak har 'innvirkning på' handel med tjenester'. Denne regelen har vært oppe til tolkning i WTO's tvisteløsningsorgan. I EU-Bananas definerte Panelet GATS' omfang og anvendelse på følgende måte:

"...no measures are excluded a priori from the scope of the GATS as defined by its provisions. The scope of the GATS encompasses any measure of a Member to the extent it affects the supply of a service regardless of whether such measure directly governs the supply of a service or whether it regulates other matters but nevertheless affects trade in services."²⁶

Appellorganet opprettholdt dette, og påpekte at ingen av avtalens bestemmelser "...suggests a limited scope of application for the GATS". Appellorganet utdypet dette nærmere; "In our view, the use of the term 'affecting' reflects the intent of the drafters to give a broad reach to the GATS. The ordinary meaning of the word 'affecting' implies a measure that has 'an effect on', which indicates a broad scope of application."²⁷

I konsekvens betyr dette at GATS- avtalen kan omfatte ethvert tiltak, som for eksempel reguleringer for å sikre offentlig helse, miljøbeskyttelse eller forbrukervern, såfremt disse tiltak har innvirkning på handel med tjenester.²⁸

²⁶ EC-bananas

²⁷ EC-Bananas

²⁸ Ostrovsky, Aaron: GATS, Water and the Environment" (2003) s 24

3.2.3 Hvilke myndighetsnivå og hvilke tjenester omfattes?

Art 1:3a slår videre fast at alle myndighetsnivå er omfattet– også ikke-statlige organers tiltak når disse utøves med myndighet delegert fra sentrale, regionale eller lokale myndigheter, jf art I:3(a).

GATS- avtalen er dermed relevant for en rekke myndigheter og enheter som ikke er involvert i internasjonale handelsforhandlinger. Det faktum at GATS- avtalen har så vid rekkevidde er viktig både i relasjon til den måten vanntjenester ytes på og til hvordan vannforvaltningspolitikk blir utviklet og implementert. GATS kan derfor få stor innvirkning på alternative former for forvaltning gjennom partnerskap og/ eller felleskapsbaserte system som for eksempel Brazil`s DMAE, jf under 8.2.4.²⁹

Art 1.3b fastslår videre at ”tjenester” omfatter ”enhver tjeneste i en hvilken som helst sektor”. Vanntjenester dermed i utgangspunktet omfattet av avtalen. Art 1.3b gjør imidlertid et unntak for tjenester som ytes ”under utøvelse av statsmyndighet”. Hva som ligger i dette unntaket er et av de mest omdiskuterte tema i relasjon til GATS og vannsektoren, og jeg komme tilbake til dette i kapittel 10. Først skal jeg imidlertid se nærmere på hva vanntjenester er, og hvordan disse eventuelt er eller kan bli bundet i GATS.

²⁹ Trecco: BPD Occasional paper: Water and the GATS: Exploring their impact on local level partnerships, (2005)

DEL 2: Vanntjenester og bindinger i GATS

4 Vannsektoren

4.1 Hva er vanntjenester?

For å kunne vurdere GATS- avtalens innvirkning på vannsektoren, er det først nødvendig å få en klar forståelse av hva "vanntjenester" er. Mye av debatten rundt effekten av GATS har dreid seg om drikkevannleveranser. WTO fremhever i publikasjonen "GATS- Facts and Fiction" at ingen medlemmer har gjort bindinger i distribusjon av kaldt vann.³⁰ Men som denne fremstillingen vil illustrere, så er vanntjenester langt mer omfattende enn drikkevannleveranse. Hvorvidt for eksempel konstruksjon av rør som skal føre vann skal betegnes som en vanntjeneste eller konstruksjons tjeneste, ingeniørtjeneste eller lignende er herunder et sentralt spørsmål. Hvordan denne klassifiseringen gjøres kan derfor få stor betydning for GATS' rekkevidde i relasjon til vannsektoren. Dette kommer jeg tilbake til nedenfor under drøftelsen av klassifiseringssystemet i GATS, kapittel 5.2.

Vannforvaltning kan deles inn i to distinkte element; forvaltning av vann som naturressurs (det vil si regulering av vannuttak), og levering av vanntjenester (anskaffelse, distribusjon, infrastruktur, avfallstjenester osv).

Vanntjenester kan videre deles inn i ulike hovedkategorier relatert til vanninnsamling og rensing, vanddistribusjon inkludert utbygging av rør og ledningsnett, behandling av avløpsvann og spillvann og diverse bi- tjenester i vannsektoren.

³⁰ http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction_e.htm

Vanntjenester relatert til innsamling av større mengder ferskvann vil for eksempel være samling av overflatevann gjennom drenering av våtmarker, bygging av dammer (kunstige reservoarer), eller uttak av grunnvann fra porer i fjell og fra akvifuger under grunnvannsspeilet. Vanntjenester vil også omfatte uttak av vannet fra disse kilder, gjennom for eksempel underjordiske rør, tunneler eller akvedukter (vannledninger). Derne st kommer selve behandlingen av vannet i renseanlegg for å sikre tilfredsstillende kvalitet.

Videre skal vannet fraktes i rør til vannlagre for ferdigbehandlet vann, og til slutt distribueres gjennom rørledninger fra lagre til forbrukspunkt (for eksempel i hus, brannhydranter, industrielle bruker punkt). Vanddistribusjon til forbrukere skjer gjerne i lokale forsyningsnettverk. Relatert til dette er energisystemet som er nødvendig for å levere vann, kalt utløpstrykk. Dette kan ta ulike former, for eksempel gjennom pumpesystem, ved hjelp av gravitasjon fra en vannkilde som ligger på et høyere nivå (eks vanntårn), eller ved komprimert luft.

Når vannet er ledet ut til forbrukere, er det også mange tjenester som knytter seg til forvaltning, installering og avlesning av måleapparat for vannbruk, fakturering, kundeservice m.v.

Tjenester knyttet til avløpsvann og spillvann involverer vanligvis flere faser, og i hver fase blir miljø og helse skadelig påvirkning av avløpsvannet redusert. Tjenester knyttet til en slik operasjon kan spenne fra konstruksjon og drift av avløpssystem til eventuell gjenbruk av avfallsstoffer. Behandling av spillvann må ta hensyn til nivå på avgitte lukter, spesielt når plassering nær befolkede områder – dette kan gjøre det nødvendig med mer kostbar behandlingsprosess, noe som igjen gjør valg av beliggenhet viktig.

4.2 Utviklingstrender, strukturer og rettigheter

Myndighetene har tradisjonelt utfyllt en rekke ulike roller i forvaltning av vannsektoren. Mest sentralt står ansvar for å forvalte vann som natur ressurs, med andre ord ansvar for å bestemme hvor mye vann som skal gjøre tilgjengelig for forbruk, både til industrielt og privat konsum. Videre er staten i mange tilfeller også tjenesteyter, det vil si har ansvar for å etablere og drifte vanninfrastruktur og sikre forsyning til sluttbrukere. Endelig har staten en viktig rolle som regulator med ansvar for å sikre standard på det vann som leveres (prising, kvalitet, tilgang etc). Det er ofte en glidende overgang mellom disse, fordi myndighetene gjerne har hatt ansvar for alle tre roller. Trenden de siste tiår har imidlertid gått i retning av å overføre rollen som tjenesteyter til private aktører, mens myndighetene gjerne beholder ansvar for forvaltning av vann som naturressurs og for regulering av sektoren.

4.3 Myndighetene som regulator og ressursforvalter

Bevegelse fra statlig eierskap til en større tillit til at det private markedet skal levere tjenester tidligere levert av staten. Dette har ført til økt privat sektor deltakelse i vanntjenester gjennom 90- tallet. Denne økende deltakelse av privat sektor har krevd myndighetsregulering for å sikre at offentlige politiske mål blir ivaretatt og for å beskytte forbruker mot misbruk av monopolsituasjon. Privatisering i vannsektor kan ta ulike former i relasjon til fordeling av risiko, varighet av arrangementet og tildeling av eierskap til realkapital, men alle involverer en form for kontrakt med, eller regulering av, offentlige myndigheter.³¹

Regulering av vann som naturressurs

Vannrettigheter kan gis på ulike måter, for eks gjennom tillatelse, lisens eller konsesjon til å bruke vann i et gitt område for et gitt formål. Det finnes et spektrum av vannrettigheter,

³¹ Kirpatrick og Parker; "Regulation and the Privatization of Water Services in developing Countries: Assessing the Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS)", Centre on regulation and Competition, Working Paper Series nr. 67

fra eiendomsrettigheter beskyttet av statens konstitusjon til vannrettigheter som bare involverer bruk av vannet, og hvor retten til selve vannkilden er beholdt hos staten.

I de fleste land er det ingen egen ”vannlovgivning”. Omfang og type reguleringer er avhengig av de respektive nasjoners politiske og historiske kontekst. Målsettinger for et reguleringsrammeverk kan variere, men relaterer seg gjerne til faktorer som; pris, tjenestestandarder, beslutningsprosess, bærekraftig utvikling, konkurranse og kvalitet.

Vann reguleres i en rekke ulike lover, for eksempel miljølovgivning som regulerer aktiviteter som kan skade miljøet, bl.a. krav om lisens for giftutslipp i vassdrag eller naturvernlover som krever minimumsgjennomstrømming i elver. Videre vil plan og bygningslovgivning og lover om eiendomsrett inneholde reguleringer av eierskap og bruk av vannkilder. Dette kan skje i form av krav om eierskap til land for tilgang til vannressurs (for eksempel med begrensning på utenlandsk eierskap) eller soningskrav til kystlinjer eller sensitive våtområder. I tillegg vil helselovgivningen sette bestemte krav til vannkvalitet for menneskelig bruk.

Sosial regulering

Myndighetenes rolle som regulator av tjenesteleverandører og tjenester er et viktig virkemiddel for å sikre universell tilgang til vanntjenester. Slik sosial regulering kan være knyttet til priskontroll, innføring av universelle tjenesteobligasjoner for å sikre at vann blir forsynt til alle samfunnets medlemmer, krav om bestemt eierform, krav om bruk av lokal arbeidskraft og krav om utbygging nettverk til tidligere udekte områder. Videre er subsidier et viktig verktøy for å sikre universell tilgang til vann.

4.4 Myndighetene som tjenesteleverandør

Historisk sett har ansvar for vannforvaltning ligget hos offentlige myndigheter på ulike myndighetsnivå. Dette skyldes vanntjenesters essensielle natur, vanns status som en naturressurs det faktum at vannsektoren ofte er et naturlig monopol.

Som beskrevet innledningsvis, har statene ikke klart å dekke behovet for vann. 2/3 av verdens befolkning har ikke tilgang på tilstrekkelig vann, og beregninger antyder at det vil koste minst 500 milliarder US\$ å sikre rent vann og sanitær installasjoner for alle mennesker på jorden. Hvor skal disse pengene tas fra?

Et svar har vært private investeringer. I tillegg til manglende kapital, har vannsektoren vært preget av korrupsjon og ineffektivitet (store mengder vann tapt underveis, dårlig kvalitet, ustabile leveranser, dårlig dekningsgrad m.v.), og det har fra flere hold vært hevdet at den private sektor er bedre egnet til å møte disse problemene enn den offentlige sektor.

På denne bakgrunn har man de siste par tiår sett en rekke nye styringsmodeller for forvaltning av vannsektoren. Influert av neo-liberale markedsideologier har en sterk privatiseringstrend preget sektoren, anført av Verdensbanken og IMF. Mange myndigheter har også forsøkt å oppmuntre til private investeringer med håp om å bedre effektivitet og dekningsgrad i vannsektor.

Sentralt i flere av disse modellene er introduksjon av selskapsstruktur, men gjerne slik at myndighetene beholder både eierskap og ultimat kontroll. I noen tilfeller blir imidlertid alle elementer av vannsektoren privatisert, også eierskap til vann som naturressurs.

Når det gjelder organisering av eierskap, er den mest anvendte struktur at lokale myndigheter har eierskap til vannressursene. I mange tilfeller er også nasjonale myndigheter eiere, spesielt i små utviklingsland. I noen land er eierskapet i hendene på kooperativer og NGO liknende strukturer. I noen tilfeller er selve vannressursene privatisert, men dette gjelder foreløpig svært få land.³² Full privatisering tar gjerne form av aksjesalg slik at staten selger seg ut av et offentlig vannselskap som også sitter på rettighetene til vannressursene.

³² England og Wales har privat eierskap.

I privatisering av vanntjenester er ”outsourcing” en mye brukt modell. I teorien kan ”outsourcing” skje innen enhver adskillelig del av vannforsyningstjenester, slik som konstruksjon og vedlikehold av infrastruktur, kundeservice, fakturering, etc. ”Outsourcing” skjer typisk gjennom ”management” eller ”leasing” kontrakter, og innebærer at et privat selskap får ansvaret for driften, mens staten beholder eierskap over vannressursene og vannselskapet. I en managementkontrakt er det private selskap ansvarlige for å drifte systemet i bytte for en avgift som vanligvis er knyttet til ytelsesgrad. Ved en leasingkontrakt vil aktiva leases til den private aktør, som kompenserer for leasingavgiften ved å ta betaling fra sluttbrukerne. Ved begge disse kontraktstyper er investeringer typisk finansiert og gjennomført av den offentlige sektor, men implementering kan være delegert.

En annen typisk modell i vannsektoren er finansielle arrangement med privat kapital deltakelse, typisk gjennom BOT (Build-Operate-Transfer) avtaler. Dette har blant annet sin bakgrunn i at vanntjenester er en svært kapitalintensiv sektor, og mange stater, særlig i utviklingsland, har derfor behov for kapitalinnskudd utenfra for å kunne utvikle den nødvendige infrastruktur.

BOT- prosjekter kombinerer finansiering og outsourcing. Disse kontraktene etableres gjerne for å gjennomføre investeringer, vanligvis konstruksjon av et spesifikt nytt vannverk. BOT kontrakter involverer at den private aktør gjennomfører konstruksjon av anlegget, og deretter driver det i et visst antall år før de overleverer anlegget til et offentlig vannselskap. I BOT-prosjekter er det vanlig at det private selskapet mottar betaling for den behandlingskapasitet de gjør tilgjengelig, ikke for hva de faktisk leverer. Det private selskaps risiko er derfor vanligvis relativt lav, spesielt når kontrakter relaterer til forsyningskapasitet og det offentlige tar risikoen for etterspørsel.

Alle de beskrevne strukturer kan involvere et offentlig-privat samarbeid, såkalt public-private partnerships eller P3s, hvor driftsselskapet er en ”joint venture” mellom den offentlige eier av ressursene og det private selskapet som vanligvis har dag til dag kontroll.

I motsetning til andre former for privatisering, vil myndighetene i P3s fortsette å delta i driften på en eller annen måte.

Privatisering innebærer omlegging til markedskrefter, og en sentral trend i privatiserte vannselskaper³³ er full kostnads gjenvinning.³⁴ Dette innebærer innføring av pristariffer som reflekterer full kostnad ved levering av vanntjenester. Man ser også eksempler på at offentlige leverandører krever betaling i tråd med prinsippet om full kostnadsgjenvinning.

Et viktig argument for denne utvikling er at full kostnadsgjenvinning speiler den reelle kostnaden av vann, og at riktig prising derfor er et viktig virkemiddel for å unngå overforbruk. Et vesentlig problem er imidlertid at der behovet for investeringer er størst, er utsiktene til profitt er minst, og full kostnadsgjenvinning vil resultere i de største sosiale problemene.³⁵

Som vist i dette kapitlet er begrepet vanntjenester mangfoldig, og omfatter en rekke tjenester innenfor felt som ofte ikke forbindes med vann, slik som konstruksjon av rør, installering av måleapparat, fakturering mv. Det neste kapitlet vil belyse hvordan vanntjenester klassifiseres i GATS avtalen, og hvorvidt det er tatt bindinger i denne sektoren.

³³ Men ikke utelukkende i privatiserte selskap, også offentlig drevne vannselskap fokuserer på full kostnads gjenvinning

³⁴ Full cost recovery

³⁵ Pahle; Gats and Privatisation of Water Services (2005)

5 Vann i GATS avtalen

5.1 Innledning

Som tilsvaret til påstander om at WTO gjennom GATS-avtalen vil ”stjele vannet” fremholder WTO i *Facts and Fiction* at antallet medlemmer som så langt har inngått GATS-forpliktelser om distribusjon av kaldt vann er null, og videre at ”*Det er selvfølgelig utenkelig at en stat ville gå med på å oppgi retten til å regulere vannforsyningene, og ingen WTO-medlemmer har gjort det.*”³⁶ WTO påpeker at GATS er en fleksibel avtale hvor det enkelte medlemsland selv velger hvilke sektorer og undersektorer det skal binde. Videre fremholdes muligheten til å sette begrensninger og kvalifiseringer på bindinger, og at GATS ikke påvirker muligheten til å utforme reguleringer relatert til pris, kvalitet, sikkerhet og andre politiske mål.

For å vurdere hvorvidt vanntjenester omfattes av GATS, er det nødvendig å se nærmere på avtalens klassifiseringssystem og de enkelte lands bindingslister. Klassifiseringssystemet er en inndeling av tjenester i ulike sektorer og undersektorer til bruk for de enkelte lands oppføring i bindingslistene, men er ikke juridisk forpliktende. Skal se nærmere på spørsmål knyttet til klassifiseringssystemet og klassifisering av vanntjenester i punkt 5.2. og 5.3. Bindingslistene er en juridisk forpliktende del av det enkelte lands avtale, og gir informasjon om hva det enkelte land har forpliktet seg til innen ulike tjenestesektorer. Punkt 5.4 vil redegjøre for hvordan bindinger skjer i GATS, og i 5.5. vil jeg drøfte GATS avtalens fleksible natur i relasjon til bindinger.

³⁶ WTO; *Facts and Fiction*

5.2 Klassifiseringssystemet

Bindingslistene er juridisk bindende, og det er derfor oppføringer i disse som avgjør hvorvidt det enkelte medlem har bundet en bestemt sektor eller undersektor. Det er derfor viktig å oppnå størst mulig grad av klarhet i beskrivelse av hvilke sektorer og undersektorer som skal bindes. I retningslinjene for utformingen av bindingslistene fra Uruguay runden heter det; *”Schedules record, for each sector, the legally enforceable commitments of each Member. It is therefore vital that schedules be clear, precise and based upon a common format and terminology.”*³⁷

5.2.1 W/120 og CPC

For å oppnå en mest mulig klar og felles terminologi for bindinger, har WTO utformet et eget klassifiseringssystem for tjenestesektoren; GNS/W/120 Services Sectoral Classification list (W/120). Listen er et resultat av konsultasjoner med medlemmer, og er en fremforhandlet klassifiseringsliste. W/120 er derfor nyttig som utgangspunkt og retningslinjer for klassifisering av bindinger, men den er ikke juridisk bindende. Det enkelte medlemsland kan i prinsippet bruke en annen klassifisering enn det som følger av W/120.

W/120 inneholder 12 hovedkategorier (11 kategorier og en ”other”), og i hver hovedkategori er det listet undersektorer. W/120 inneholder mer enn 150 undersektorer. Dette er imidlertid en svært grov inndeling av hele tjenestesektoren, og for å oppnå en klarere og mer detaljert angivelse av de ulike sektorer og sub sektorer, har W/120 blitt knyttet opp mot Provisional Central Product Classification (CPC) 1991. I hver hovedkategori i W/120 er den korresponderende CPC koden listet. CPC-koder ble lagt til de ulike kategoriene *”in order to assist the clear deliniation of each sub-sector”*.³⁸

³⁷ Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note, page 6

³⁸ Scheduling Guidelines

CPC-kodene er en del av et internasjonalt klassifiseringssystem av økonomisk aktivitet og produkter, og består av 10 seksjoner inndelt i 69 divisjoner, 295 grupper, 1050 klasser og 1811 underklasser. Den enkelte CPC kode er uttømmende og gjensidig ekskluderende, men referanse til en samlekategori må forstås som en referanse til alle undergrupper av den aktuelle kategori.³⁹ De første 5 hovedseksjoner er basert på Harmonised Commodity Description and Coding System, og kategoriserer primært varer. De siste 5 seksjoner av CPC klassifiserer hovedsakelig tjenester, og alle referanser i W/120 er knyttet til underkategorier i disse fem seksjoner.

Systemet tar utgangspunkt i en objektorientert klassifisering hvor det vesentlige er ikke hva den enkelte tjeneste skal brukes til, det vil si hvilken funksjon den skal fylle, men hvilke fysiske egenskaper den har. Det går et grunnleggende skille mellom en tjenestes fysiske egenskaper og dens påtenkte bruksområde. Skal for eksempel bygging av vannrør klassifiseres som anlegg av vann tjenester eller anleggstjenester? Klassifiseringssystemet prøver å trekke i retning av det objektive, fordi med en funksjonsorientert tilnærming vil man få problemer med flerbruk – mange produkter har flere bruksområder og vi således passe inn i flere kategorier. Et grunnleggende trekk med klassifiseringssystemet er at hver enkelt tjeneste kun skal tilhøre en kategori. Det er imidlertid en glidende overgang...

Det er ikke obligatorisk å bruke W/120 eller CPC-koder i bindingslistene. I overensstemmelse med 1993 Scheduling guidelines para 16, har et medlem som ikke ønsker å bruke W/120 og korresponderende CPC to valg; enten å bruke sin egen underkategori klassifisering eller definisjon i overensstemmelse med CPC, eller, dersom dette ikke er mulig; å gi en *"sufficiently detailed definition to avoid any ambiguity as to the scope of the commitment"*

³⁹ US-Gambling, para 200

Et stort antall medlemmer tydeliggjør sine bindinger gjennom å bruke CPC koder. Dette gjelder for eksempel Canada og EU, mens andre land, for eksempel USA, ikke referer til CPC koder i sine bindingslister.

5.2.2 Klassifisering av vanntjenester

Klassifisering av vanntjenester er ingen enkel oppgave, fordi tjenester som direkte relaterer til vannleveranse er nært knyttet til en rekke andre tjenester som er nødvendige for å kunne levere vann.

En privat operatør som er engasjert i vannleveranse for eksempel under en BOT kontrakt, kan samtidig ha ansvar for leveranse av en rekke andre tjenester, avhengig av de kontraktsfastsatte ansvarsområder. Dette kan gjelde de innledende stadier før et vannanlegg er operativt, som arkitekttjenester, ingeniørtjenester, konstruksjonstjenester (rør, dammer osv) m.v. og videre en rekke tjenester knyttet til drift av anlegget, som vedlikehold, ledelse, rensing m.v. - hvilket igjen kan involvere en rekke bi tjenester, fra vanntesting og analyse av kvalitet, reparasjoner, sikkerhetstjenester m.v. Tilsvarende vil en operatør med ansvar for drift av vannleveranse nettverk under arrangement som leasing eller konsesjonskontrakt kunne ha ansvar som omfatter en rekke ulike områder, avhengig av kontraktens innhold. Det kan for eksempel innebære ansvar for leveranse av vann direkte til forbruker, men denne hovedoppgave kan igjen deles opp i en rekke forskjellige under- eller tilleggstjenester - måleavlesning, fakturering, kundeservice, vanntesting m.v.⁴⁰

Hvilke av de nevnte tjenester er vanntjenester? Er dette kun de tjenester som direkte relaterer til leveranse av vann, eller også tjenester som knytter seg til utvikling av infrastruktur som for eksempel konstruksjon av rørnett.

⁴⁰ Lang The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry (2004) s 815-16

W/120 har ingen egen kategori for vannsektoren, og heller ingen egen kategori som samler alle de ulike tjenester som leveres av vannoperatører på ulike nivå. W/120 referer imidlertid til en rekke av de tjenester som nevnt ovenfor, for eksempel gjennom kategorier for avfallstjenester, prosjektledelse, ingeniørtjenester, konstruksjonstjenester, teknisk testing og analyse. Disse tjenestekategorier dekker derfor en ikke ubetydelig del av de aktiviteter som drives av et vannselskap, og er gjenstand for en rekke bindinger fra flere medlemsland. Resultatet er et lappeteppes av viktig men ufullstendig dekningsområde for vanntjenester, som trolig vil øke for hver forhandlingsrunde.

Klassifiseringssystemet gjør det vanskelig å få en klar oversikt over i hvilken grad vanntjenester er bundet, men ved å se nærmere på bindingslistene, er det klart at flere land har påtatt seg bindinger innen tjenester som direkte eller indirekte relaterer til vannsektoren.

W/120 Sektor 6, "Environmental services", er den tjenestekategori som klarest knyttes til vannsektoren. I denne kategori er det foreløpig bare noen få land som har påtatt seg forpliktelser til handelsliberalisering. Bare Japan og Sør Afrika har tatt spesifikke forpliktelser i relasjon til markedsadgang og nasjonal behandling for hele miljøtjenestekategorien.⁴¹ Korea og Thailand har tatt bindinger med noen begrensninger relatert til markedsadgang og nasjonal behandling. Korea begrenser for eksempel antall tjenesteytere i "refuse water disposal services" til 25, og etablering av kommersiell tilstedeværelse innen industrielle avfallstjenester er underlagt en økonomisk nødvendighetstest. Thailand har satt begrensninger på nasjonal behandling dersom utenlandsk deltakelse i selskapet overskrider 49 %.

Når det gjelder bindinger i andre sektorer som er avhengig av vannleveranser eller som kan påvirke vannleveranser, har flere land påtatt seg forpliktelser, f.eks gjennom bindinger innen "Construction and related engineering services", "Transport services inkl pipeline

⁴¹ Men begge land har innskrevet noen begrensninger på tilstedeværelse av fysiske personer, mode 4.

transport”. Og under overskriften “Engineering services” har flere land påtatt seg forpliktelser som inkluderer “integrated engineering and project management services for water supply and sanitation works turn key projects”.

Det er med andre ord allerede gjort en rekke bindinger som kan få innvirkning på leveranse av vann. Dette viser også hvor detaljert bindlister må utformes, og hvor stor betydning klassifisering av tjenester har.

I denne forbindelse er det også verdt å merke seg at EU i pågående forhandlingsrunde har fremmet et forslag om å endre W/120 klassifiseringslisten slik at vann for menneskelig bruk blir listet som en egen underkategori i W/120 kategori 6B; ’ Water for human use and wastewater management’. Forslaget inneholder to undersektorer; a) “water collection, purification and distribution services” og b) “waste water services”

Kategori a) omfatter “potable water treatment, purification and distribution including monitoring”, mens kategori b) omfatter “removal , treatment and disposal of household, commercial and industrial sewage and other waste waters including tank emptying & cleaning, monitoring, removal and treatment of solid wastes, transport of waste water”⁴²

Med en slik endring vil vann til menneskelig bruk få en tydeligere klassifisering i GATS, samtidig som dette legger til rette for flere bindinger i denne sektor.

Forslaget er nært knyttet til EUs ønske om liberalisering av nettopp denne sektor. EU har i forbindelse med Doha forhandlingene forespurt 72 land om å liberalisere sin vannsektor i tråd med det nye klassifiseringsforslaget til sektor 6. En rekke utviklingsland fra Antigua til Zimbabwe er på listen over land som er målskiver for liberalisering.

⁴² S/CSC/W/25, punkt 6B

Dette må ses i sammenheng med at Europeiske tjenesteytere er totalt dominerende på det globale marked innen vannsektoren. Verdens topp 2 vannselskap, Vivendi og Suez, kontrollerer 70 % av alle private vanntjenester mellom seg, og har over 200 millioner kunder verden over. Begge selskapene er franske. På tredje plass global, med over 70 millioner kunder, kommer Thames Water som er den del av det tyske konglomeratet RWE.⁴³ Tre andre selskap, Saur i Frankrike, United Utilities i England og Bechtel i USA har også sikret seg store internasjonale kontrakter for leveranse av drikkevann – men størrelsen på disse selskapene er liten i sammenlikning med de tre store. Ni av de ti største selskapene i den globale vannsektoren har hovedkontor i EU.⁴⁴

EU har ikke gjort noen hemmelighet av at deres arbeid for videre liberalisering i vannsektoren er i de store europeiske vannselskaps interesse. I et brev av mai 2002 til 4 EU- baserte multinasjonale selskap, understreket EU kommisjonen at *”One of the main objectives of the EU in the new round of negotiations is to achieve real and meaningful market access for European services providers for their export of environmental services.”*⁴⁵ I et annet dokument relatert til GATS forhandlingene skriver kommisjonen *“Environmental Services are a priority for the EU in the current round of services negotiations. European companies are, in most areas (water-related services, waste management, air pollution control, etc.) internationally leading. [...] The case for encouraging private sector participation in the provision of water related, and in particular water distribution services, is a strong one”*.⁴⁶

⁴³ Hilary: GATS and Water: The Threat of Services Negotiations at the WTO s. 8

⁴⁴ European Water TNCs: Towards Global Domination? Water Justice Info Brief 1. Amsterdam

⁴⁵ European Commission (2002): letter ”Follow-up to meeting on trade in environmental services in WTO negotiations, 17 mai 2002. Brussel. Kan finnes hos Corporate Europe Observatory (CEO).

⁴⁶ European Commission (2003): Note for the Attention of M.P. Carl Director General DG TRADE. EC position on environmental services – the question of water related services, Brussel, s. 3. Kan finnes hos Corporate Europe Observatory (CEO)

EU har også trukket flere av de store vannselskapene inn i konsultasjoner knyttet til utforming av forespørsler i vannsektoren. Som en oppfølging til et felles møte om handel og "environmental services" i WTO forhandlingene (17.mai 2002), sendte for eksempel EU kommisjonen ut et detaljert spørreskjema til selskapene med spørsmål om hvilke offentlige reguleringer og andre offentlige tiltak (inkludert offentlige innkjøp) selskapene anså som handelsbarrierer.⁴⁷

EU får drahjelp. Verdensbanken lånte i perioden 1990-2002 ut over 20 milliarder til prosjekter knyttet til vannleveranse, og har gjennom sin lånepolitikk i stadig større grad satt privatisering av vannleveranser som en lånebetingelse. 30 % av Verdensbankens lån til vannleveranse prosjekt i perioden 1990-2002 satte krav om privatisering – flesteparten de siste 5 år av perioden. De store vannselskapene samarbeider også tett med Verdensbanken og FN om å etablere en rekke "Thinkthanks", rådgivende komiteer og forum, og disse har dominert mye av vanndebatten og har etablert privatisering som den dominerende løsning på verdens vannproblemer.

Selv om vannselskaper fremdeles bare driver ca 5 % av verdens vannverk, har deres vekst i løpet av de siste 10-15 år vært enorm. I 1991 fikk ca 51 millioner mennesker sitt vann fra private selskap, mens tallet i dag er over 300 millioner mennesker. I 1990 aktive i et dusin land, i dag i 56 land. Analyser spår at i løpet av de neste 15 år vil disse selskapene kontrollere 65-75% det som i dag er offentlige vannverk i Europa og Nord Amerika. Privatisering av vanntjenester har funnet sted i langt større grad i utviklingsland enn i industrialiserte land. Ved slutten av 2000 hadde minst 93 land delvis privatisert vann eller avfallsvann tjenester, mer enn 65 % av disse var utviklingsland.⁴⁸

⁴⁷ European Commission (2002): Letter "Follow-up to meeting on trade in environmental services in WTO negotiations, 17 mai 2002, Brussel". Dette dokumentet kan leses i Ellen Gould (2003): Water in the Current Round of WTO Negotiations on Services. Canadian Center for Policy Alternatives. Briefing Paper Series: Trade and Investment. Volume 4, Number 1

⁴⁸ Brubaker, E., 2001 "The Promise of Privatization", Energy Probe Research Foundation

Det er et kontinuerlig og sterkt press mot en rekke land for å privatisere vannsektoren, og en slik privatisering søkes sementert gjennom bindinger til liberalisering av denne sektor i internasjonal handelsavtaler som GATS.

5.3 Utfordringer med klassifiseringssystemet

‘Before the game begins players should agree on a dictionary to use in case of a challenge.’ (from the Official Rules of SCRABBLE®)

Bruk av til dels forskjellige klassifiseringer motvirker et av GATS- avtalens sentrale mål; økt åpenhet. Det er avgjørende med detaljert og nøyaktig angivelse av bindinger, men fordi klassifiseringssystemer W/120 består av store samlesekker, kan det være mange *fallgruver*. En nærmere differensiering med CPC – koder er ikke obligatorisk, men medlemsland løper en risiko ved ikke å angi bindingene tilstrekkelig detaljert.

Den relativt nye avgjørelsen i US- Gambling saken illustrerer problemet.⁴⁹ Saken er spesielt interessant fordi den er den første sak som har blitt avgjort utelukkende med hjemmel i GATS. Saken ble anlagt mot USA av den lille karibiske staten Antigua, som ble representert av Europeiske og Amerikanske advokatfirma med sterke bånd til gambling selskap utenfor Antigua. Saken gjaldt blant annet spørsmålet om ”gambling services” var omfattet av USAs bindingsliste.

USAs bindingsliste inneholder forpliktelser til ”D. Other Recreational Services” under den brede heading ”Recreational, Cultural & Sporting Services”, men ingen referanse til CPC koder. Antigua, som var den klagende part, hevdet at dette medførte at US hadde forpliktet gambling fordi i CPC klassifiseringssystemet inkluderes ”gambling and betting services” under kategorien ”other recreational services”. Antigua fikk medhold av Panelet som blant annet fremholdt at dersom et medlemsland ønsker å avvike fra den klassifisering som vanligvis brukes av WTO medlemmer, har det selv ansvar for å klargjøre eventuelle

⁴⁹ US-Gambling

tvetydigheter angående hva dets bindinger omfatter. Panelet avviste også US påstander om at de på historisk grunnlag åpenbart ikke hadde ment å binde gambling services:

*“The United States has repeated several times in these proceedings that it did not intend to schedule a commitment for gambling and betting services. This may well be true, given that the legislation at issue in this dispute predates by decades, not only the GATS itself, but even the notion of “trade in services” as embodied therein. We have, therefore, some sympathy with the United States’ point in this regard. However, the scope of a specific commitment cannot depend upon what a Member intended or did not intend to do at the time of the negotiations”*⁵⁰

Appellorganet stadfestet Panelets avgjørelse om at ”Gambling” er en tjeneste som omfattes av USAs bindinger, selv om USA hevder at de aldri har vært enig i eller bundet seg til en slik forpliktelse.

Saken fokuserte på kategorien ”Internet gambling”, men avgjørelsen om at USA har bundet ”gambling services” til WTO jurisdiksjon har betydelige implikasjoner for all nordamerikansk statlig, føderal og lokal gambling politikk. I USA finnes flere statslotterier som brukes til å finansiere skoler og essensielle tjenester, og en rekke stater har indianske gambling overenskomster, mens andre stater har forbud mot gambling. Alle disse reguleringer er i følge avgjørelsen i US-Gambling underlagt GATS- avtalens bestemmelser.⁵¹

Det gjenstår å se hvordan GATS W/120 og korresponderende GATS bindinger vil respondere til denne utvikling. Klassifiseringsspørsmål er et hovedfokus for WTOs arbeid i Genève. Avgjørelser om hvordan tjenester skal klassifiseres kan påvirke tolkningen av eksisterende bindinger og vil definitivt forme måten fremtidige bindinger blir inngått på. I Genève ligger fokuset på å øke det generelle nivået av bindinger. Dette kan blant annet

⁵⁰ US-Gambling para 6.136

⁵¹ USA fikk imidlertid medhold i å unndra de aktuelle lover med medhold i GATS Art. XVI. Jeg kommer tilbake til dette i kap. 10

gjøres ved å innsnevre beskrivelsen av ekskluderte undersektorer der stater har gjort færrest bindinger, og utvide beskrivelse av undersektorer hvor medlemmer har tatt flest bindinger. Videre kan sammenknytning av tjenester i en felles undersektor bidra til at senere bindinger får anvendelse på en større omfang av tjenester. Andre metoder kan være å splitte undersektorer som er målskive for liberalisering fra andre sektorer for dermed å gjøre det enklere for medlemsland å kreve å tilby bindinger i målsektorene, jf. EUs forslag om en egen kategori for vann i ”environmental services”.

Forhandlinger om disse tilsynelatende tekniske tema foregår bak lukkede dører, noe som vanskeliggjør innsyn og utforskning. Resultatet kan bli at disse tekniske anordninger kan bidra til å utvide GATS rekkevidde uten en åpen offentlig debatt.

.

5.4 Bindingslister

I hvilken grad myndighetenes reguleringsmuligheter begrenses av GATS, avhenger i stor grad av hvorvidt det enkelte land har listet vanntjenester i bindingslistene og i hvilken grad det er gjort begrensninger i bindingslistene.

5.4.1 Innhold

GATS- avtalen består som nevnt av to typer bestemmelser; generelle forpliktelser, og spesifikke forpliktelser. Spesifikke bindinger er et resultat av forhandlinger mellom medlemsland, og nedtegnes i det enkelte lands bindingslister, som er en integrert del av GATS- avtalen. Bindingslistene er juridisk bindende på lik linje med det generelle rammeverk i avtalen.

En bindingsliste skal inneholde en klar beskrivelse av hvilken sektor eller undersektor man forplikter seg i, og den skal også angi eventuelle begrensninger i forhold til markedsadgang og nasjonal behandling, samt eventuelle tilleggsforpliktelser utover markeds adgang og nasjonal behandling. Sektorer og undersektorer skal fortrinnsvis beskrives i henhold til GATS` klassifikasjonssystem W/120, jf. Punkt 5.2.

Dersom et medlem påtar seg forpliktelser innen en sektor, så må eventuelle begrensninger eller vilkår indikeres for hver ytelsesmåte.⁵² Ytelsesmåtene er fastsatt i Art 1.2, og er essensielt definert på basis av tjenesteyter og konsumentens opprinnelse, og den grad og type territorial tilstedeværelse disse har når tjenesten blir levert, jf punkt 3.2. Bindinger kan videre oppføres som henholdsvis horisontale eller sektorspesifikke bindinger.

Systemet operer altså med en blanding av positive og negative element; bindinger listes positivt, men handelsliberaliseringer er avhengig av hvorvidt det er tatt reservasjoner i bindingslistene.⁵³ Denne prosessen gir det enkelte land frihet til å bestemme hvilke GATS disipliner det er villig til å inngå for de enkelte sektorer, og hvilke begrensninger som eventuelt skal gjelde innen de aktuelle sektorer.

5.4.2 Sektor spesifikke bindinger

En sektor spesifikk binding får anvendelse for handel i en bestemt sektor.

Bindingsprosessen er gjenstand for både bilaterale og multilaterale forhandlinger, og innholdet i de enkelte lands bindingslister kan således variere betydelig.

I mange tilfeller vil et medlemsland binde seg til markedsadgang og nasjonal behandling, men med visse begrensninger. Dersom et medlemsland i forbindelse med en binding ønsker å opprettholde tiltak i strid med Art XVI og XVII, så må dette listes som en begrensning i den aktuelle kolonne (enten markeds adgang eller nasjonal behandling) for den relevante sektor og for den aktuelle ytelsesmåte. De tiltak som er i strid med Art. XVI og XVII skal beskrives konsist og indikere hvilke elementer som gjør at tiltaket er i strid med Art XVI og XVII.

Typiske begrensninger gjelder omfang av utenlandsk kapital deltakelse, krav om lisens eller forhåndsgodkjenning, begrensning av antall transaksjoner, forskjellsbehandling av

⁵² Shecduling guidelines, explanatory note

⁵³ Main challenges s 518

utenlandske tjenesteytere i relasjon til subsidier, skatter, offentlige innkjøp og andre fordeler.

5.4.3 Horisontale forbehold

Horisontale forbehold får anvendelse på tjenestehandel i alle listede tjenestesektorer såfremt ikke annet er spesifisert. Dette betyr at dersom en sektor spesifikk binding er åpen, så må den allikevel leses med de begrensninger som følger av horisontale bindinger. Begrensninger i horisontale bindinger inkluderer typisk generelle lover og politikk som forbyr eller begrenser bruk av en ytelsesmåte for utenlandske tjenesteytere, uavhengig av hvilken sektor det gjelder. En lang rekke land har for eksempel listet horisontale begrensninger og vilkår for adgang til arbeidsopphold etter ytelsesmåte 4, tilstedeværelse av fysiske personer. Flere medlemsland har også satt begrensninger på utenlandske investeringer i anskaffelse av eiendommer etter ytelsesmåt 3, kommersiell tilstedeværelse.

5.4.4 Endring av bindingslistene

Bindinger kan etter Art XXI endres under visse forutsetninger. For å kunne igangsette forhandlinger om tilbaketrekking eller endring av bindinger, må minst 3 år ha passert fra den dato forpliktelsen trådte i kraft. På anmodning fra medlemsland som blir berørt av en slik endring skal det innledes forhandlinger om kompensasjon.

Enhver kompensasjons justering skal gjøres på MFN- basis, hvilket betyr at ingen medlemsland kan behandles dårligere enn det landet en inngår kompensasjonsordning med. Dersom enighet ikke oppnås mellom det medlemsland som ønsker å trekke eller endre en forpliktelse og det berørte medlem, kan saken henvises til voldgiftsbehandling i WTO, og endringer skal ikke gjennomføres før kompensasjon er foretatt i tråd med voldgiftpanelets kjennelse, art xii4(a).

5.5 utfordringer med bindingssystemet

WTO har tilbakevist frykt for at vanntjenester skal omfattes av GATS ved å trekke frem avtalens fleksible struktur hvor hvert enkelt medlemsland selv velger hvilke sektorer og undersektorer de vil liberalisere, og hvilke begrensninger eller unntak som skal gjelde.

Sett fra denne vinkelen er GATS- avtalen frivillig og fleksibel av natur, og det er ingen tvang til å åpne sektorer eller en bestemt ytelsesmåte i en tjenestesektor hvor man er bekymret for negativ innvirkning. På denne måten forsøker GATS bindings struktur å finne en balanse mellom kommersielle interesser på en side og reguleringsbehov og offentlige politiske mål på den andre siden. Men det er flere innebygde problemer med denne fleksibiliteten.

5.5.1 Lock in effekt

Det kan være problematisk at GATS- avtalen sementerer bindinger. I praksis har GATS en lock in effekt som gjør det svært ressurskrevende å endre bindinger dersom det skulle vise seg nødvendig, for eksempel for å kunne oppfylle menneskerettighetsforpliktelser.

Et medlem kan endre sine forpliktelser, men er forpliktet til å inngå forhandlinger om kompensasjon dersom et medlemsland anmoder om det. US- gambling saken illustrerer hvor massiv en slik kompensasjons forpliktelse kan bli. USA vil måtte komme opp med en erstatnings konsesjon tilsvarende verdien av gambling. Det globale online markedet er estimert til å vokse til ca US 14.5 milliarder innen 2006,⁵⁴ og nordamerikanske kunder utgjør allerede 60 % av markedet selv med de eksisterende restriksjoner. Ubegrenset markeds adgang til det nordamerikanske internett markedet ville være verdt milliarder for utenlandske gambling selskap, og det er verdien av dette tapet US ville vært forpliktet til å dekke, fordi kompensasjonen skal ”opprettholde et generelt nivå for forpliktelser som er fordelaktig for alle parter” og skal ikke være ”mindre gunstig for handelen enn det som var fastsatt i bindingslistene over spesifikke forpliktelser forut for slike forhandlinger”, Art XXI.2. (b).

⁵⁴ E-Commerce Times, ”Internet Gambling – Regulate or litigate?”, 2. November 2004

Case: Cochabamba konsesjonen, Bolivia

Selskapet International Water Ltd. Aguas del Tunari tok over vanntjenester i 1999, prisstigning minst 35 %, i noen tilfeller opp til 300 %. For mange familier betydde dette at mer enn 25 % av deres inntekt ble brukt på vann. Forbud innsamling regnvann. 15. Januar 2000 blokkerte aktivister gatene i fire dager, og i april deltok mer enn 100 000 mennesker i en demonstrasjon i sentrum av byen. Det gikk galt – politiet åpnet fire og en 17 år gammel gutt ble drept og over 100 mennesker ble skadet. Myndigheten trakk tilbake Aqua del Tunaris konsesjon med øyeblikkelig virkning, og den nye vannloven underlagt fundamentale endringer. Selskapet har tatt imidlertid tatt saken til Verdensbankens International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), og krever US 25 mill i skadeerstatning – et beløp som tilsvarer 4 ganger verdien av selskapets aktiva.⁵⁵

I Cochabamba viste det seg at privatiseringen ikke fungerte, og vanntjenester ble tilbakeført som en offentlig oppgave. Dersom Bolivia hadde bundet levering av vanntjenester til markedsadgang og nasjonal behandling, ville en slik reversering av liberaliseringen utgjort et brudd på GATS.

Bolivia kan kun endre en binding dersom de først har fremforhandlet en tilfredsstillende kompensasjon. En slik kompensasjon ville langt overstige det skadeerstatningsbeløp Bolivia nå blir saksøkt for, fordi kompensasjon etter GATS Art xxx.2(c) skal forhandles på MFN basis som innebærer at ingen medlemsland kan behandles dårligere enn det landet en inngår kompensasjonsordning med.

Proessen for å endre bindingslistene er med andre ord svært krevende, og fordi endringer må kompenseres på en slik måte at man opprettholder det generelle nivå for bindinger, kan bindinger i realiteten få en lock in effekt. Dermed vil medlemsland kunne bli låst fast i det nivået av privatisering de har innrømmet, selv om politiske vinder skifter eller privatisering

⁵⁵ Pahle; Gats and Privatisation of Water Services (2005)

kun har skjedd på eksperimentelt basis.

5.5.2 Kunnskap og kapasitet

Det inngående kunnskap av de enkelte land når de skal liste sine bindinger. Heri ligger en bakside for utviklingsland, som har langt mindre ressurser. Denne forskjell i kapasitet ses tydelig i det forskjellige antall forhandlere og eksperter hver enkelt land har tilgjengelig. Gjennomsnitts størrelse for WTO delegasjoner i Genève er 3.51 pers for utviklingsland, sammenliknet med 7.38 for industrialiserte land. I tillegg mangler 20 utviklingsland en permanent delegasjon i Genève, dette er et problem gitt den mengde møter og pågående forhandlinger innen WTO. Mindre ressurser innebærer at utviklingsland har mindre kapasitet til å forhandle tilstrekkelig detaljerte bindingslister som sikrer deres reguleringsfrihet.⁵⁶

Det er også problemer knyttet til manglende åpenhet. Bindingsprosess er kompleks og skildrer ikke forpliktelser og bindinger på en åpen og oversiktlig måte. Bindingsprosessen er en vanskelig og omfattende materie å sette seg inn i, og det kan være vanskelig å forstå og få oversikt over hva og hvor mye et land er bundet til.

Kombinert med det svært innviklede og uklare klassifiseringssystem blir denne manglende åpenheten forsterket. Det er et problem i seg selv dersom medlemsland følger forskjellig klassifiseringsmetode, fordi det kan gjøre det vanskeligere å sammenlikne bindinger. Dette er et særlig viktig poeng fordi bindinger i GATS er resultat av forhandlinger. I en forhandlingsposisjon er det viktig å ha en klar forståelse av hva man forhandler om og hvor mye andre handelspartnere har lagt på bordet. Videre er det viktig med klarhet i hva det enkelte medlem faktisk er forpliktet til å liberalisere (hvilke sektor og hvilket innhold) fordi dette kan være av betydning for det enkelte medlemsland når de skal utforme sin interne reguleringspolitikk.

⁵⁶ Mehta , s 161

UNCTAD har i en undersøkelse av utviklingslands handelsdelegater påpekt:

*”Of particular concern to developing countries is the lack of transparency of the ongoing request/offer process within the GATS, which hinders their capacity to evaluate the requests submitted to them by developed country trading partners, and the formulation of their own requests and offers, which is a particularly complex task.”*⁵⁷

5.5.3 Asymmetrisk liberalisering

Mange kritikere av GATS fremholder at avtalen først og fremst tjener de store industriselskap i industrialiserte land. Det er stor ubalanse i leveringskapasitet mellom industrialiserte land og utviklingsland. EUs GATS forespørsler i 2003 ble rettet mot 109 land, inkludert alle LDC (Leas Developed Countries) land,⁵⁸ mens EU mottok kun 1 forespørsel fra LDC land.⁵⁹

Likeledes, gitt den form bindingsprosessen antar, er det reist bekymring om at ytelsesspesifikke fordeler i utviklingsland ikke vil bli reflektert i bindingene. Det er en asymmetri mellom en ensidig binding til markeds adgang og nasjonal behandling i ”kommersiell tilstedeværelse” versus ”tilstedeværelse av et medlems fysiske personer” (mode 3 i motsetning til mode 4) som tjener industriland heller enn utviklingsland. Rundt 50 % av ubegrensede bindinger er konsentrert om forbruk i utlandet (mode 2), 30 % i grenseoverskridende tjenestehandel(mode 1), 20 % i kommersiell tilstedeværelse og 0 % i ”tilstedeværelse av et medlems fysiske personer”.⁶⁰ Fraværet av bindinger i ytelsesmåte 4 reflekterer denne ytelsesmåten sensitive natur fordi den gjør inngrep i innenlandsk immigrasjons og arbeidsmarkedslovgivning. Denne asymmetri i de ytelsesvisse bindinger er en av grunnene til at mange utviklingsland land ikke ser noen hjelp i GATS til å benytte

⁵⁷ UNCTAD 2002a ”Trade in Services and development Implications”

⁵⁸ WDM, 2003:9

⁵⁹ WDM, 2003:12

⁶⁰ Adlung, R ”Services Trade Liberalization from Developed and Developing Country Perspectives” (1999)

deres eksport potensial i arbeidsintensive tjenester. Dette skjevhet reflekterer også en grunnleggende ubalanse i forhandlingsposisjon og lobbymakt.

5.5.4 Makt asymmetri

Fleksibilitet eksisterer kanskje bare på papiret for flere utviklingsland. Realpolitiske forhold kan gjøre det vanskelig eller umulig for utviklingsland å nekte liberalisering av en sektor. Tidligere WTO direktør Mike Moore har uttalt at til tross for formell likhet mellom WTO medlemmer ”...*there is also no denying that some members are more equal than others when it comes to influence.*”⁶¹ Selv om utviklingsland klarer å øke sin forhandlingskapasitet, vil maktubalansen i forhold til industriland kunne få stor innvirkning på forhandlingsresultatet.

Til en viss grad adresserer WTO dette problemet ved å tillate land med liten politisk makt å inngå allianser med hverandre. Men i hovedsak foregår GATS forhandlingene på bilateralt nivå, hvilket gjør det mulig for de rikere og mektigere stater å kreve raskt og positivt svar på forespørsler. Som en forfatter fremholder: ”While developing countries formally retain the right to choose which services they will offer up to GATS, they come under intense pressure in these negotiations to meet the demands of more powerful WTO members”⁶²

I tillegg til langt større forhandlingskapasitet, har rikere land tidligere anvendt betydelig press på fattigere WTO land ved å påpeke muligheten for tap av bistand eller handelsfordeler dersom de ikke endrer sin opposisjon mot rike lands posisjoner.⁶³ Det er for eksempel kjent at både Pakistan og Nigeria trakk seg fra å være svært kritiske til et utkast til en Doha deklarasjon selv om de uttrykkelig hadde talt imot den tidligere. Denne endring i posisjon hadde trolig mye sammenheng med USAs bevilgning av en massiv

⁶¹ Moore, M. ”World Trade Needs Atlantic ”Big Boys” to get Together”, (2000)

⁶² Hilary, (2003)

⁶³ Jawara, F. and Kwa, A. ”Behind the Scenes at the WTO: The real world of international trade negotiations. Zed Books (2003)

bistandspakke til begge land.⁶⁴ Industrialiserte land kan også regne med støtte fra en mektig tjenestelobby og internasjonal institutt som Verdensbanken og det internasjonale Pengefondet som baner vei for liberalisering av tjenester gjennom sine lånebetingelser.

5.6 Konklusjon

Som beskrevet er vanntjenester langt mer omfattende enn distribusjon av kaldt vann, og en rekke tjenester relatert til vann er allerede bundet i GATS. Det er derfor misvisende å hevde at vann ikke omfattes av GATS- avtalen.

WTOs påstand om at ingen har bundet distribusjon av kaldt vann er for så vidt riktig. Men påstanden tilslører for det første at mange tjenester som er nødvendige for distribusjon av kaldt vann er bundet, som f.eks konstruksjon av rør til å lede vannet. Videre tilsløres det kontinuerlige presset mot en rekke land for å binde nettopp disse tjenestene. Det relative fraværet av bindinger kan derfor være midlertidig. Både arbeid med klassifikasjonsspørsmål og forespørsler om nye bindinger i denne forhandlingsrunden antyder at distribusjon av kaldt vann vil bli bundet i fremtiden.

Jeg skal i neste del se på hvordan GATS avtalen får innvirkning på nasjonalt reguleringsrom i vannsektoren når det er tatt spesifikke bindinger.

⁶⁴ (bello 2003, se Metha s 161blue)

DEL 3: Reguleringsrom i GATS- avtalen

6 Forordet til GATS

Forordet til GATS ”erkjenner medlemmenes rett til å regulere innføre nye reguleringer for tjenesteytelser innenfor sitt territorium for å tilgodese nasjonale politiske målsettinger”⁶⁵. Forordet nevner spesielt utviklingslandenes særlige behov i denne sammenheng.

Forordet til GATS- avtalen blir ofte trukket frem av GATS tilhengere for å imøtegå påstander om at GATS begrenser den nasjonale autonomi. Bekreftelsen av retten til å regulere i GATS forord har imidlertid begrenset juridisk effekt og unntar ikke myndighetene fra å tilpasse seg sine GATS bindinger. Forordet gir ingen rett eller forpliktelse som lar seg håndheve, men angir den kontekst i hvor de øvrige bestemmelser i GATS skal tolkes. Reguleringer er tydelig listet blant de myndighetstiltak som er begrenset av GATS. Appellorganet har gjentatte ganger sitert Vienna Convention on the Law of Treaties; "a treaty interpreter must begin with, and focus upon, the text of the particular provision to be interpreted. It is in the words constituting that provision, read in the context, that the object and purpose of the state parties to the treaty must first be sought." Det er bare når tolkningen av en tekst er "ambiguous or obscure" at det er nødvendig å referere til forordet.

Forordet til GATS inneholder både en anerkjennelse av myndigheters rett til å regulere, og en forpliktelse til progressive liberalisering av tjenester. Dersom et tvisteorgan har problemer med å tolke meningen av en bestemmelse i avtalen, så vil de måtte bruke begge

⁶⁵ preamble

disse fastlagte mål som veiledning. Retten til å regulere må da balanseres mot forpliktelsen til å utvide handel.

Nøkkelpoenget er at både GATS forord og dens fastlagte målsettinger er uttrykk for generelle forventninger blant medlemmene. Reglene om markeds adgang og nasjonal behandling utgjør på den andre siden svært spesifikke restriksjoner på hvordan myndigheter kan regulere investering for å nå bestemte utviklingsmål. WTO panel vil basere avgjørelse på den mest spesifikke veiledning de får fra statene. De spesifikke regler om markeds adgang og nasjonal behandling vil veie mer enn en generell presumsjon om at myndighetene har rett til å regulere. Myndighetene beholder frihet til å regulere kun i den utstrekning at de reguleringer de vedtar er kompatible med GATS.

Jeg skal i denne del se nærmere på hvordan GATS begrenser myndighetenes reguleringsrom i vannsektoren innenfor den harde kjerne av GATS bestemmelsene, nasjonal behandling og markeds adgang. Skal avslutningsvis i denne del se kort på fremtidige bestemmelser om innenlandsregulering og hvordan de kan påvirke reguleringer i vannsektoren..

7 Nasjonal behandling

7.1 Introduksjon

Nasjonal behandling i GATS innebærer at myndighetene innenfor de sektorene som er oppført i dets bindingslister må gi alle medlemsstater en behandling som *”ikke er mindre gunstig”* enn den som er blitt gitt deres nasjonale motparter innenfor *”tilsvarende”* tjenester, GATS art XVII:1. Art xvii:2 utdyper at denne behandlingsstandarden omfatter både de jure og facto forskjellsbehandling, mens Art xvii:3 fastslår at en behandling skal anses mindre gunstig dersom den endrer konkurransevilkårene mellom nasjonale og utenlandske tjenesteytere.

Kritikken som er reist rundt denne bestemmelsen gjelder særlig dens potensielle innvirkning på sosial regulering som for eksempel bruk av subsidier, muligheten til å innføre universelle tjenesteobligasjoner, krav om bruk av lokal arbeidskraft, krav om kooperativ eller deltakende forvaltningssystem, reguleringer som gir minoritetsfolk fortrinnsrett til bruk av vann og nasjonalitetskrav for eiendomsrett til land med vannkilder.

7.2 Rekkevidde Art XVII

Bestemmelsen om nasjonal behandling gjelder *”samtlige tiltak som berører ytelsen av tjenester”*.⁶⁶ ”Samtlige tiltak” innebærer at alle tiltak som faller innenfor GATS rekkevidde også kan bli gjenstand for prinsippet om nasjonal behandling.

Begrepet ”Ytelsen av tjenester” omfatter ”framstilling, distribusjon, markedsføring, salg og levering av en tjeneste...” jf. Art XXVIII(b). Begrepet ”berører” tyder at det aktuelle tiltak må få en viss innflytelse på tjenestehandelen. I GATT har begrepet “affecting” i GATT Art

⁶⁶ Art XVII:1

III.4⁶⁷ blitt gitt et vidt nedslagsfelt. I “Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery” fremholdt Panelet at “...the drafters intended to cover in paragraph 4...any laws or regulations which might *adversely modify* the conditions of competition between the domestic and imported products on the internal market.”⁶⁸ Det er usikkert hvordan begrepet vil bli tolket i GATS sammenheng.

Diskriminering kan tilsynelatende bare oppstå dersom det eksisterer et konkurranseforhold mellom de tjenester eller tjenesteytere som er under vurdering. Konkurransbegrepet viser seg i to relasjoner; for det første, tjenester eller tjenesteytere kan ikke være ”tilsvarende” dersom de ikke kan være i konkurranse med hverandre på en eller annen måte.⁶⁹ Og videre, en behandling er kun ”mindre gunstig” dersom den endrer konkurranseforholdene mellom de aktuelle tjenester eller tjenesteytere.⁷⁰

7.3 Ikke mindre gunstig

Bestemmelsen om nasjonal behandling er som nevnt en forpliktelse til å behandle andre lands tjenester og tjenesteytere ikke mindre gunstig enn egne, nasjonal tjenester og tjenesteytere, jf. Art XVII:1. Art XVII nr 3 angir at en formelt lik eller ulik behandling er ”ikke mindre gunstig”, dersom den ”endrer konkurransevilkårene...”.

I EC-Asbestos fremholdt Appellorganet at Art III.4 GATT forplikter WTO medlemmer til å sikre ”equality of competitive conditions for imported products in relation to domestic products”.⁷¹ I EC-Bananas fastslo Panelet at formuleringen av GATS Art XVIII springer ut fra standarden i GATT Art III “which has been consistently interpreted by past panel reports to be concerned with conditions of competition between like domestic and imported

⁶⁷ Bestemmelse om nasjonal behandling i GATT

⁶⁸ GATT Panel Report] - Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery, para 12

⁶⁹ EC-Asbestos para 99; “...a determination of "likeness" under Article III:4 is, fundamentally, a determination about the nature and extent of a competitive relationship between and among products.”

⁷⁰ Dette fremgår eksplisitt av Art XVII:3

⁷¹ EC-Asbestos, para 97

products on internal markets”.⁷² Appellorganet bekreftet denne generelle forståelsen av art XVII GATS som en bestemmelse som beskytter like konkurransemuligheter for utenlandsk og innenlandsk leverandør.

Art XVII nr. 2 presiserer at forpliktelsen til ”ikke mindre gunstig” behandling av utenlandske tjenesteytere omfatter både de jure og de facto diskriminering.

7.3.1 De jure og de facto diskriminering, Art. XVII nr 2

”Et medlem kan oppfylle kravet i nr. 1 ved å gi et annet medlems tjenester og tjenesteytere enten en behandling som er formelt identisk med eller formelt forskjellig fra den det gir sine egne tilsvarende tjenester og tjenesteytere”, Art XVII nr 2.

Det typiske tilfellet av de jure diskriminering involverer en lov eller regulering som angir en forskjellig og mer byrdefull regel for utenlandske tjenester. Eksempel: Nicaragua gir subsidier til nasjonale vannleverandører, men ikke til utenlandske aktører. Dette er en direkte forskjellsbehandling som ikke er tillatt under GATS Art XVII.

De facto diskriminering referer til reguleringstiltak som ikke eksplisitt skiller mellom utenlandske og innenlandske tjenester, men som allikevel medfører byrder på utenlandske tjenester som anses illegitime fordi de indirekte resulterer i negative effekter for utenlandske tjenesteytere.

Selv om det etter XVII nr 2 er klart at nasjonal behandling dekker de facto diskriminering, er den eksakte rekkevidden av de facto diskriminering uklart.

Case: Santa Cruz, Bolivia

I Santa Cruz blir vanntjenester levert fra vann kooperativet SAGUAPAC. SAGUAPAC ble etablert i 1979 for å forvalte og drifte byen vannforsyning og sanitæranlegg. Selskapet ble

⁷² EC-Bananas, para 703

etablert av myndighetene som et "nonprofit" kooperativ. Selskapet står ansvarlig overfor medlemmene, og bruker lokal arbeidskraft. Selskapets kooperative struktur krever at personell skal være lokalt ansatte.

Vil Bolivia kunne kreve at alle selskap som skal operere i landet må bruke lokal arbeidskraft dersom Bolivia inngår fulle bindinger til nasjonal behandling for vannsektoren? Er ethvert tiltak som krever kooperativ eller deltakende forvaltningssystem eller ansettelse av lokal arbeidskraft brudd på nasjonal behandling fordi det er mer byrdefull for utenlandske aktører? Hvorvidt dette skal anses som de facto diskriminering i relasjon til Art XVII nr.2 vil avhenge av hvilken tolkningslinje man legger seg på.

To tilnærmingsmåter har vært fremholdt ved tolkning av de facto diskriminering. Mattoo⁷³ og Verhoosel⁷⁴ argumenterer for en vid forståelse som inkluderer en nødvendighetstest - alle tiltak som er mer byrdefulle en nødvendig for utenlandske tjenester og tjenesteytere skal anses som diskriminering. I ytterste konsekvens ser denne synsvinkel på handelsforstyrrende effekter, ikke hvorvidt det foreligger forskjellsbehandling av tjenester eller tjenesteytere.⁷⁵

Krajewski argumenterer for en mer snever forståelse og viser bl.a. til fotnoten til Art XVII: "Spesifikke forpliktelser inngått i henhold til denne artikkel, skal ikke fortolkes slik at det kreves at et medlem må yte erstatning for iboende konkurransemessige ulemper som er en følge av at vedkommende tjenester eller tjenesteytere er utenlandske".

Fotnoten antyder at en innebygd ulempe for utenlandsk tjeneste må separeres fra ulemper basert på de facto diskriminering. Dette støttes av Panelets uttalelse i Canada-Autos;

⁷³ Mattoo; National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora's Box?" s 30

⁷⁴ Verhoosel; National Treatment and WTO Dispute Settlement – Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy (2002) s 90-91

⁷⁵ Krajewski; : "National regulation and Trade Liberalization in Services" (2003) s 109

“Footnote 10 to Article XVII only exempts Members from having to compensate for disadvantages due to foreign character in the application of the national treatment provision; it does not provide cover for actions which might modify the conditions of competition against services and service suppliers which are already disadvantaged due to their foreign character.”⁷⁶

Det kan derfor være naturlig å anse fotnoten som å begrense rekkevidden av de facto diskriminering, uten å positivt definere grensen. Dermed blir det viktig å avgjøre hvorvidt visse ugunstige handelseffekter på utenlandske tjenester og tjenesteytere bare er et resultat av deres ”utenlandske” karakter, fordi disse effekter ikke er resultat av det aktuelle reguleringsiltaket og dermed ikke diskriminerende i relasjon til Art. XVIII nr 2.

Et annet argument mot en bred tilnærming til de facto diskriminering er forholdet mellom nasjonal behandling og GATS art VI, innenlands regulering. Den fremtidige bestemmelse om innenlands regulering er en standard som bruker en nødvendighetstest. Dersom slik nødvendighetstest skal leses inn i GATS XVII, vil formål og mening med VI.4 bli minimalisert eller overflødige ettersom ethvert tiltak som er mer handles restriktivt enn nødvendig da kan leses inn som et brudd på forpliktelser etter XVII. Dette vil være i strid med den generelle regel for traktats tolkning som tilsier at en tolkning må gi mening til alle bestemmelser i en traktat og ikke etterlate noen vilkår meningsløse.⁷⁷

7.3.2 Har regulerings formål betydning?

En regulering som har forskjellig effekt på utenlandske og innenlandske aktører kan ha sin bakgrunn i en rekke forskjellige politiske dynamikker – det kan være en bevisst hensikt fra myndighetenes side, det kan være en uunngåelig konsekvens i forsøk på å nå et bestemt politisk mål, eller det kan være en utilsiktet følge. Skal en regulering kun bedømmes etter hvilke konkurranse vridende effekt den har, eller kan målsettingen bak en regulering være

⁷⁶ Riktig note her

⁷⁷ Kraj s 111

relevant når man skal vurdere om et tiltak er diskriminerende i forhold til nasjonal behandling? Vil det for eksempel være relevant om en diskriminerende regulering har som formålet er å sikre fattige segmenter tilgang på vann? Det har i teorien vært diskutert hvorvidt man kan tolke en nødvendighetstest inn i GATS art XVII (og II).⁷⁸

Hudec hevder for eksempel:

*”[c]ommon sense tells us that whenever a panel member is asked to decide whether a particular regulatory measure is or is not playing by the rules, that panel member will instinctively want to know whether the measure has a bona fide regulatory purpose and to what extent its market effects are protective”*⁷⁹

WTO Paneler har i relasjon til GATT søkt å utvikle en slik test til anvendelse i forbindelse med fastsetting av produkters likhet. US- Alcoholic Beverages⁸⁰ var første viktige sak hvor testen ble anvendt. Testen ble imidlertid bestemt avvist i Japan – Alcoholic,⁸¹ og dette er fulgt i senere saker.⁸² Det er heller ingen basis i teksten i GATS Art II eller XVII for å ta hensyn til reguleringens formål, og forsøk på å inkorporere en slik test i GATS sammenheng har blitt avvist av WTOs Appellorgan;

“We see no specific authority either in Article II or in Article XVII of the GATS for the proposition that the ‘aims and effects’ of a measure are in any way relevant in determining whether that measure is inconsistent with those provisions. In the GATT context, the ‘aims and effects’ theory had its origins in the principle of Article III:1 that internal taxes or charges or other regulations

⁷⁸ Mattoo: “National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora’s Box?” s. 26, Lang; “The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry” s 827, Marchetti; “What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don’t Talk About Revolution” m.fl

⁷⁹ Hudec, “GATT/WTO Constraints on National Regulations; Requiem for an ”Aims and Effect” test” (1998) s. 16

⁸⁰ US-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages

⁸¹ Japan- Taxes on Alcoholic beverages, Panelets og Appellorganets rapport

⁸² EC-asbestos, Canada- periodicals

‘should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production’. There is no comparable provision in the GATS.’⁸³

7.3.3 Nasjonal behandling og subsidier

Bruk av subsidier er et illustrerende eksempel på hvordan bestemmelsen om nasjonal behandling kan påvirke tiltak designet for å sikre universell adgang til vanntjenester. Subsidier brukes ofte for å regulere pris, men kan også benyttes for å sikre utbygging av nettverk til tidligere ubetjente områder.

Nasjonal behandling kan utøve en potensielt streng disiplin på bruk av subsidier, ikke fordi subsidier i seg selv er illegitime tiltak, men fordi bestemmelsen krever at myndigheter som foreskriver subsidier også må gjøre dem tilgjengelige for utenlandske tjenesteytere som opererer i landet. Dette følger av kravet om formell og faktisk likebehandling av utenlandske tjenesteytere. Subsidiering kan dermed bli et umulig tiltak å gjennomføre på grunn av finansielle begrensninger.

Myndighetenes alternativ kan være å gå inn med direkte subsidiering av forbruker. Men dersom en slik subsidiering ikke gis til alle ’tilsvarende’ operatørers forbrukere så kan dette potensielt utgjøre en ’mindre gunstig’ behandling som er ulovlig etter Art XVII.

Det kan tenkes at konsesjoner settes sammen av blanding rike/fattige og tjenesteyter må ta ”alt eller ingenting”. Dette løser imidlertid ikke problemet for fattige segmenter, idet selskapet som regel vil kunne heve prisene etter prinsippet om full kostnadsgjenvinning også i fattige områder, eller alternativt stenge av vannleveranser der forbruker ikke kan betale. Det var for eksempel omlegging til full kostnadsgjenvinning i den privatiserte Cochambamba konsesjonen i Bolivia som medførte en prisøkning på opp til 300 % og politisk opprør mot privatiseringen.

⁸³ Appellate Body Report on EC – Bananas III, para. 241.

Et annet spørsmål oppstår der myndighetene tilbyr investerings insentiver for å tiltrekke seg investeringer i en dårlig utviklet vannsektor. Vil slike investerings insentiver betraktes som subsidier – og derfor, hvis mer gunstig for nasjonal tjenesteyter – være brudd på nasjonal behandling? Spørsmålet har ennå ikke blitt behandlet i WTO. Hva vil de facto diskriminering innebærer i dette tilfellet? Vil alle *potensielle* konkurrenter kunne kreve tilsvarende intensiver?

I vannsektoren er kryss subsidiering et mye brukt virkemiddel for å sikre marginaliserte deler av samfunnet tilgang på vann. Kryss subsidiering vil si å bruke kapital fra en service sektor eller en del av markedet innen samme service sektor til å subsidiere en annen sektor eller en annen del av markedet. Krysssubsidiering kan for eksempel brukes til prisreduksjon til fattige segmenter slik som SAPESP i Sao Paulo, eller subsidiering av kostnader forbundet med utbygging og forbedring av nettverk.

Case; Sao Paulo konsesjonen

I den føderale staten Sao Paulo i Brasil har hver provins en konsesjon, mens det tradisjonelt har vært statens ansvar å levere vann. Det største vannselskapet SABESP⁸⁴ opererer gjennom provinskonsesjoner. Selskapet opererer 165 av statens omkring 400 konsesjoner, inkludert hoveddelen av de 24 konsesjoner i Sao Paulo by og omegn. SABESP er i dag et kommersielt selskap, og er underlagt Brasiliansk selskapslovgivning. Staten har imidlertid aksjemajoritet, og kan dermed styre selskapets planer og holde et øye med sosiale utviklingstema. SABESP leverer vann til differensierte priser. Den laveste prisen er omtrent 1 real, som tilsvarer ca 1 % av en bilmekanikers månedslønn i den uformelle sektor. Mellom 1995 og 2000 økte SABESP sin tjenestekapasitet i Sao Paulo by fra 84 % til 95 %. Omtrent 20 av SABESP 165 konsesjoner utgjør mer enn 80 % av selskapets inntekt, og selskapet bruker systematisk denne inntekt til å bedre kapasiteten i andre konsesjoner.

⁸⁴ Selskapet er det største vanntjeneste selskapet i den sørlige hemisfære.

Selv om GATS tatt ikke forbyr diskriminerende kryss subsidiering, så vil de økonomiske implikasjoner av økt privat sektors engasjement effektivt begrense myndighetenes evne til å kryss subsidiere. Private selskap blir vanligvis tiltrukket de mest profitable segment av markedet, og etterlater gjerne andre, marginaliserte segment ubetjent. Dette refereres ofte til som 'cherry picking'. Samtidig, siden private og ikke offentlige enheter mottar overskuddet fra de profitable markedssegmenter, blir det offentlige etterlatt uten kapital til å kunne sikre full dekning.⁸⁵ Hvordan vil for eksempel SABESP-konsesjonene i Sao Paulo påvirkes dersom Brasil tar fulle GATS bindinger i vannsektoren, slik EU har bedt om? Det er ikke vanskelig å tenke seg at det er disse 20 lukrative konsesjoner de Europeiske vanngigantene ønsker å konkurrere om når konsesjonstiden utgår. Dermed kan den miksede modellen som praktiseres nå måtte gi vei, og for hver konsesjon SABESP taper, minker mulighetene for kryss subsidiering.⁸⁶

7.3.4 "Tilsvarende" tjenester og tjenesteyter

Hvilke tjenester er relevante?

Å etablere forholdet mellom tjenester eller tjenesteytere er en nødvendig forutsetning for å kunne fastslå diskriminering under bestemmelsen om nasjonal behandling fordi det er "tilsvarende" tjenester og tjenesteytere som skal likebehandles. Det blir derfor vesentlig å avgjøre hva som er "tilsvarende" tjenester og tjenesteytere for å kunne fastslå rekkevidden av diskrimineringsvernet.

Er for eksempel levering av vanntjenester fra nonprofit selskap "tilsvarende" tjeneste som en leveranse fra profitt drevet selskap? Er passasjertransport med buss "tilsvarende" passasjertransport med taxi? Er levering av vann til fattige segmenter en "tilsvarende"

⁸⁵ Ostrovsky: GATS, Water and the Environment s 4

⁸⁶ Pahle; Gats and Privatisation of Water Services (2005) s. 10

tjeneste som levering til rike? Og dersom to advokater har eksamen fra forskjellig universitet, er dere utdannelse ”tilsvarende”? Hva med utbygging/levering av vanntjenester i vanskelig tilgjengelig terreng ell griskrendte strøk – samme som leveranse til en storby?

I vannsektoren vil den kontekst vanntjenester leveres i ofte være et grunnlag for forskjellige regulerings tiltak. Typiske elementer av kontekst vil inkludere de sosioøkonomiske forhold hos forbrukerne, dekningsgraden og kvalitetsnivå på eksisterende nettverk, geografisk terreng m.v. GATS inneholder ingen eksplisitt referanse til likhet av omstendigheter eller kontekst hvor tjenesteyting skjer. Det motsatte gjelder i tilsvarende NAFTA bestemmelser. Både NAFTA art 1202 (nasjonal behandling) og art 1203 (bestevilkårsbehandling) referer til ‘like forhold’. I GATS finnes imidlertid ingen tekstuell basis for en slik kontekst tolkning. I GATT har Panelet også avvist argumenter om at kun produkt fra ”similarly situated parties” er like.⁸⁷

I tråd med etablerte prinsipper for tolkning av internasjonale avtaler, er det naturlig å ta utgangspunkt i den ordinære betydningen av ordet ”like”. I *New Shorter Oxford English Dictionary* heter det; ”’Like’ means; having the same characteristics or qualities as some other...thing; of approximately identical shape, size etc, with something else, similar”⁸⁸. Etter denne definisjonen vil ‘tilsvarende tjenester eller tjenesteytere’ bety at de har samme eller liknende karakteristikk. Selv om dette er et utgangspunkt, klargjør dette ikke hvilke karakteristikk som skal tas i betraktning eller fra hvems perspektiv likhets skal vurderes.

Tjenesteklassifiseringssystemet i GATS er utviklet og anvendt i forhandlinger som relaterer til bindinger i både markedsadgang og nasjonal behandling. Det kan derfor argumenteres at det representerer et gjensidig akseptert distinksjonsapparat for reguleringsformål, slik at klassifisering i samme sektor eller undersektor kan brukes som et tolkningsmoment i vurderingen av om to tjenester er ”tilsvarende”. I relasjon til GATT har Paneler henvist til

⁸⁷ US-Gasoline

⁸⁸ EC-asbestos, se kraj note 72

klassifikasjonssystem som relevant tolkningsfaktor for hvorvidt to produkter defineres som ”tilsvarende”, selv om dette i seg selv neppe vil være tilstrekkelig bevis for produkt likhet;

”Uniform classification in tariff nomenclatures based on the Harmonized System (the ”HS”) was recognized in GATT 1947 practice as providing useful basis for confirming ”likeness” in products. However, there is a major difference between tariff nomenclature and tariff bindings or concessions made by members of the WTO under Article of the GATT 1994....tariff bindings that include a wide range of products are not a reliable criterion for determining or confirming product ”likeness” under Article III:2”⁸⁹

Klassifiseringssystemet i GATS kan imidlertid vanskelig sammenliknes med det velutviklede Harmonized System (HS) som brukes i GATT. Det er kun 160 ikke overlappende tjenestesektorer i W/120, sammenliknet med 5019 på et 6-sifret nivå i Harmonized System 1992 Classification som brukes i GATT. Når HS klassifiseringer ikke kan være bestemmende for likhet, så vil GATS klassifiseringer være det i enda mindre grad fordi tjenesteklassifiseringen i stor grad består av ”samlesekker”.⁹⁰ Men listing i samme klasse skaper allikevel en presumsjon for at tjenestene kan være tilsvarende, særlig dersom listing av undersektorer er knyttet til den mer differensierte CPC-kodingen, idet CPC systemet er langt mer detaljert. Fordi kategorier skal være ”mutually exclusive” vil listing i forskjellige CPC undersektorer i alle fall innebære at de aktuelle tjenester ikke er ”tilsvarende”.

Hvilke tjenester skal sammenliknes?

”Tilsvarende” testen identifiserer hvilke tjenester som kan være relevante, men den angir ikke hvilke tjenester som skal sammenliknes. Skal alle tjenester som kan være relevante sammenliknes, eller skal sammenlikning baseres på et begrenset antall tjenester?

⁸⁹ I Japan-Alcoholic Beverages II

⁹⁰ Mattoo: ”National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora`s Box?” s 25

Man kan ta to hovedtilnæringsmåter til denne problemstillingen. Den ene er å sammenlikne behandlingen av hver enkelt tjeneste med behandlingen av en hvilken som helst annen tjeneste som oppfyller kravet til "tilsvarende" tjeneste. En slik tilnærming vil gjøre det enkelt for en klagende stat å demonstrere at forpliktelsen til likebehandling ikke er oppfylt. Klageren vil bare måtte finne en relevant tjeneste som er underlagt strengere regulering enn et annet relevant tjeneste. Det er heller ikke nødvendig å vise faktisk ulempe for importert tjeneste – referanserammen er konkurransemuligheter.⁹¹

Den andre innfallsvinkel er en sammenlikning mellom relevante grupper av tjenester. Klager må vise at en gruppe tjenester er gjenstand for mindre gunstig behandling enn en annen gruppe relevante tjenester. Denne tilnærming vil legge en større byrde på klagende stat, og vil i tillegg åpne for at den forsvarende stat kan fremme argumenter basert på tiltakets effekt, spesielt effekt i forhold til konkurransemuligheter.⁹² Dette alternativet kan gi et videre regulerings rom for nasjonale myndigheter, men denne tilnærming kan også reise problematiske implikasjoner, bl.a. vedrørende hvordan man skal bestemme hvilke gruppe tjenester som skal sammenliknes, hvordan forholde seg til markedsendringer og derav endrede konkurranseforhold mellom relevante tjenestegrupper. Et generelt problem er relatert til kompleksiteten av bevispresentasjon i en tvistesak. En svært kompleks bevisbedømmelse vil også være mest problematisk for land med få ressurser, og dermed kunne bidra ytterligere til å forskyve maktbalansen mellom utviklingsland og industriland.

Art XVII referer til tjenester og tjenesteytere i flertall, og dette kan tyde på at den første tilnæringsmåten er mest i overensstemmelse med ordlyden. Også GATT art III:4 omtaler produkter i flertall. På tross av dette uttalte Panelet i US – Section 337;⁹³

⁹¹ Fauchald; "Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses" s 467

⁹² Fauchald; "Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses" s 467

⁹³ US – Section 337 of the Tariff Act of 1930, para 5.14

”...the no less favourable treatment requirement of Article III.4 has to be understood as to be applicable to each individual case of imported products. The Panel rejected any notion of balancing more favourable treatment of some imported products against less favourable treatment of other imported products.”

Dermed er det ikke mulig å gi en entydig konklusjon på hvordan dette vil bli behandlet ved en eventuell tvist i GATS.

Working Group on Border Tax Adjustments

I forbindelse med GATT tvister har WTO Panelet anvendt kriteriene utviklet av Working Group on Border Tax Adjustments (WGBTA) for å fastslå det nærmere innholdet av ’tilsvarende’: ” (i) the properties, nature and quality of the products; (ii) the end-uses of the products; (iii) consumers' tastes and habits - more comprehensively termed consumers' perceptions and behaviour - in respect of the products”.⁹⁴ Jeg skal i det følgende se nærmere på om disse kriteriene kan kaste lys over ”tilsvarende” i GATS.

Det første kriteriet relaterer til fysiske egenskaper ved tilsvarende ting. I relasjon til tjenester har det fra flere hold vært hevdet at fysiske egenskaper ikke er egnet som tolkningsmoment på grunn av tjenesters udelelige og forgjengelige natur.⁹⁵ Krajewski fremholder endog at tjenester ikke har fysiske egenskaper. Fauchald fremholder derimot at i relasjon til GATS må den korresponderende norm være tjenestens egenskaper, natur og kvalitet, og ikke fysiske egenskaper ved selve tjenesten eller tjenesteyteren.⁹⁶

Det er referansen til sluttbrukere som muligens gir det beste grunnlaget for sammenlikning av tjenester. For å definere likhet av tjenester på basis av tjenestens sluttbrukere, må man

⁹⁴ EC-.Asbesto para 101, jf Report of the Working Party on Border Tax Adjustments

⁹⁵ Mattoo; “National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora’s Box?”, Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s 99

⁹⁶ Fauchald; “Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses” s 455

fastslå hvorvidt forbrukere behandler to tjenester som utbyttbare og hvorvidt to tjenester brukes for samme formål. Men dette krever at det finnes et eksisterende marked hvor to eller flere tjenester allerede tilbys i et generelt konkurrerende miljø. I Ec- Bananas var det for eksempel mulig å fastslå likhet av utenlandske og innenlandske grossist tjenester fordi utenlandske og innenlandske tjenesteytere leverte den samme tjeneste i et identifiserbart marked og til samme gruppe forbrukere.

Ved mangel på en slik klar situasjon kan det være at den faktiske basis for å bestemme likhet på grunnlag av konkurranseforhold ikke eksisterer. Dette kan for eksempel være tilfellet hvor to tjenester tilbys til forskjellig kvalitet eller forskjellig pris og hvis forbrukernes kjøpekraft varierer stort. Også teknisk tilgjengelighet kan variere, og det kan medføre at tilsvarende tjenester har ulike sluttbrukere.⁹⁷ I vannsektoren, hvor vannleveranse ofte er et naturlig monopol, er det ikke alltid mulig for sluttbrukere å velge mellom ulike leverandører.

I hvilken grad vil det være mulig å anse to tjenesteytere som forskjellige kun på basis av at de opererer i forskjellige geografiske områder? Et selskap som leverer vann til Oslo har andre betingelser enn et selskap som leverer til Stord, bl.a. i relasjon til kvanta, profittpotensial, infrastruktur og tilgang på vannressurser. Etter vanlig, språklig forståelse av "tilsvarende" vil to like tjenester ikke miste sin likhet bare på grunn av geografisk separasjon. Når det er ulovlig å skille mellom tjenester basert på deres geografiske opprinnelse, så er det vanskelig å se hvorfor det samme ikke skal gjelde andre typer geografiske distinksjoner.⁹⁸ I US-Alcoholics ble for eksempel sammenlikning på kryss av sub-føderale grenser brukt som grunnlag for å bestemme diskriminering.⁹⁹ Men fordi GATS relaterer seg til konkurransemuligheter, kan man ikke bare ta i betraktning de

⁹⁷ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s 100

⁹⁸ Lang; "The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry" s 829

⁹⁹ Lang; "The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry" s 91

faktiske sluttbrukere i et gitt marked, men også andre mulige sluttbrukere. En årsak til at bestemte sluttbrukere ikke tar del i et bestemt marked kan nettopp være anvendelse av proteksjonistiske tiltak.¹⁰⁰

Referansen til forbrukervaner er en mer subjektiv vurderingsnorm enn sluttbrukere idet den viser til bevis relatert til hvordan ulike forbrukere oppfatter og reagerer på tjenester. Det avgjørende tema er i hvilken grad ulike forbrukergrupper skiller mellom tjenester og anser dem som ulike tjenester. Selv om man har et bredt spekter sluttbruker, er ikke det nødvendigvis avgjørende dersom sluttbrukerne ikke anser tjenestene som byttbare.¹⁰¹ Forbrukernes bakgrunn kan variere stort, for eksempel gjennom profesjonalitetsnivå, utdanningsnivå, sosial og kulturell bakgrunn. Ulike grupper kan reagere forskjellig på tjenestene, slik at bevis knyttet til forbrukervaner kan være konflikt og er ikke nødvendigvis avgjørende.¹⁰²

Det er ikke mulig å si med sikkerhet hva som vil regnes som “tilsvarende”, men panel avgjørelser så lang tyder på relativt vidt nedslagsfelt.

7.4 Konklusjon nasjonal behandling

Nasjonal behandling er en bestemmelse som forbyr diskriminering av utenlandske tjenesteytere, det vil si at nasjonale og utenlandske tjenester og tjenesteytere skal ha like konkurransemuligheter.

Men den manglende klarhet i forhold til flere fundamentale begrep i bestemmelsen medfører at holdepunktene for å vurdere om et tiltak er i overensstemmelse med nasjonal behandling er utydelige. Dette gjelder særlig tolkningen av de facto diskriminering og vurderingen av hvilke tjenester som er tilsvarende. Det er vanskelig å si konkret hvilke

¹⁰⁰ Fauchald; “Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses” s 457

¹⁰¹ Fauchald; “Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses” s 459

¹⁰² Fauchald; “Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses” s 460

vurderinger som skal legges til grunn, særlig fordi nasjonal behandling i GATS ennå ikke har vært oppe til tvistebehandling i WTO.

Bestemmelsen om nasjonal behandling angår primært drift av vanntjenester. I relasjon til etablering av vanntjenester er bestemmelsen om markedsadgang mest aktuell.

8 Markedsadgang

8.1 Innledning

Nasjonal behandling forbyr reguleringer som etter sin art er diskriminerende. Art XVI forbyr imidlertid tiltak relatert til markedsadgang, uavhengig av om de er diskriminerende eller ikke.

Reguleringer relatert til markedsadgang kan man finne i en rekke varianter. Regulering av vannsektoren involverer tillatelse til å ta ut vann, og også til å på andre måter få tilgang til vann i forbindelse med produksjon eller leveranse av en tjeneste. Slik tillatelse gis gjerne gjennom lisenser eller krav om konsesjon, og et sentralt spørsmål er hvorvidt GATS begrenser innenlandsk politikk som setter parameter for hvordan slike lisenser eller konsesjoner skal gis. Reguleringer kan også være relatert til krav om en bestemt eierform eller begrensinger på utenlandsk kapitaldeltakelse

Et spesielt trekk ved vannsektoren er at vanntjenester i stor utstrekning utgjør et naturlig monopol. Et naturlig monopol oppstår når de økonomiske og eller de tekniske spesifikasjoner i en bestemt sektor påtvinger en kvantitativ begrensning på antall tjenesteytere i et bestemt marked.¹⁰³ Denne kvantitative begrensning kommer fra økonomiske og tekniske betraktninger heller enn myndighets reguleringer. Naturlige monopoler forekommer ofte i ”netteverks tjenester”, slik som jernbane og motorveier, hvor geografiske og praktiske begrensninger skaper situasjoner hvor det bare er økonomisk lønnsomt å ha et begrenset antall tjenesteytere. Fordi enkelte vanntjenester, på samme måte som jernbane, er avhengig av en kostbar infrastruktur, og fordi mer enn en infrastruktur vanligvis ikke vil være økonomisk lønnsomt for å levere til en befolkning, så er naturlige monopol vanlige i vannsektoren. En tilleggsfaktor i relasjon til vanntjenester, er at

¹⁰³ Ostrovsky, Aaron: GATS, Water and the Environment” (2003) s 8

forbrukervalg og helsebekymringer stiller krav om at drikkevann og sanitærtjenester må være rene og pålitelig, og dette nødvendiggjør høye standarder av ansvarlighet hos tjenesteytere. I mange situasjoner vil det å mikse vann fra forskjellige kilder gjøre pålitelighet og ansvarlighet vanskeligere, slik at en tjenesteyter er mer hensiktsmessig enn mange tjenesteytere. Det er derfor viktig å avklare hvordan GATS bestemmelser om markedsadgang relaterer til slike naturlige monopol.

8.2 Prinsippet om markeds adgang

Prinsippet om markeds adgang er nedfelt i GATS Art XVI:

”Med hensyn til markedsadgang gjennom de ytelsesmåter som er angitt i artikkel 1, skal hvert medlem gi ethvert medlem en behandling som ikke er mindre gunstig enn den som er fastsatt i henhold til vilkårene og begrensningene som er vedtatt og spesifisert i dets bindingsliste.”

Art XVI.2 spesifiserer hva denne standard innebærer gjennom angivelse av bestemte kategorier av tiltak som en medlemsland ikke lenger kan ta i bruk når de binder seg uten begrensninger innenfor en sektor.

8.2.1 Kvantitative begrensninger Art XVI.2, bokstav a-d

Art. XVI.2 a) forbyr ”begrensning i antall tjenesteytere”. En tjenesteyter er definert i Art XXVIII(g) som ”enhver person som yter en tjeneste”, og etter Art XXVIII(h) er en person både ”en fysisk person eller en juridisk person”. Fotnote 12 til art XXVIII(g) angir andre former for kommersiell tilstedeværelse som ikke kan regnes som juridiske enheter men som allikevel skal ha samme rettigheter som om de skulle vært selvstendige juridiske enheter. Det følger av fotnoten at også avdelinger, filialer eller andre kommersielle etablissementer anses som tjenesteytere i relasjon GATS. Begrepet ”tjenesteyter” er dermed relativt vidt. Fotnoten begrenser imidlertid mot den delen av tjenesteyters virksomhet som befinner seg utenfor det territorium hvor tjenesten ytes.

Bruk av lisenser kan være en måte å begrense antall tjenesteytere på, for eksempel ved å begrense antall enheter som opererer rørledninger eller dammer, eller til å begrense industrielle aktiviteter, som for eksempel tjenester innen behandling av avfallsvann. På denne måten kan allokering av vannrettigheter implementeres gjennom eller resultere i kvantitative begrensninger for tjenesteytere.

Art. XVI.2 b) forbyr ”*begrensning av den samlede verdi av tjenestetransaksjoner eller aktiva*”. Dette kan for eksempel være en bestemmelse om at utenlandske datterselskap i banksektoren skal være begrenset til en viss prosent av den samlede innenlandske verdi av alle banker.¹⁰⁴

Etter Art. XVI.2 c) er ”*begrensninger av det samlede antall tjenestevirksomheter eller av den samlede mengde tjenester som ytes*” forbudt. Dette kan blant annet være restriksjon av sendetid for utenlandske filmer.¹⁰⁵ Kina har for eksempel listet en numerisk begrensning på utenlandske filmer som kan importeres per år.¹⁰⁶

Fra et ressursperspektiv trenger ikke antall tjenesteytere i et område være så viktig som den faktiske innvirkning deres drift og arbeidsmåte kan ha på kvalitet eller mengde vann tilgjengelig. For eksempel kan myndighetene ønske å sette en maks grense for hvor mye vann økonomiske aktører i et bestemt område kan ta ut, fremfor å sette et tak på slike operatører i seg selv.

Sør Afrikas vannlisens system setter grenser for hvor mye vann som kan brukes av en lisens for et bestemt formål. (Sør Afrikas vann lovgivning krever lisens for alle typer vannbruk bortsett fra til privat bruk og vann til buskap). Brasils Water Resource Policy setter kvalitative grenser for vann som er avledet eller tatt ut for å bli brukt i produksjons

¹⁰⁴ Scheduling guidelines

¹⁰⁵ Scheduling guidelines

¹⁰⁶ The People’s Republic of China, Schedule of Specific Commitments. GATS/SC/135

prosessen. Dette er tiltak som begrenser den samlede mengde tjenester som ytes, og vil ikke være tillatt dersom Sør Afrika og Brasil tar fulle bindinger til markedsadgang.¹⁰⁷

En annen situasjon oppstår vann er et avløp fremfor en kilde. Lisenser som begrenser mengde forurensning en tjenesteyter kan tømme i vann kan også resultere i kvantitative tak på tjenester dersom grenser er satt per område. EUs rammeverk for vanntjenester bygger på et slikt regime.¹⁰⁸

Art XVI.2 d) forbyr ”*begrensninger av det samlede antall fysiske personer som kan være ansatt i en bestemt tjenestesektor, eller som en tjenesteyter kan ha ansatt, og som er nødvendig for og direkte relatert til ytelsen av en bestemt tjeneste. Dette kan for eksempel være en bestemmelse om at utenlandsk arbeidskraft skal ikke overstige en viss prosent av den totale arbeidskraft, målt i personer eller lønninger.*¹⁰⁹ Egypt har listet som horisontal begrensning at “foreign personnel necessary to the supply a service in any entity, regardless of the number of its branches, shall not exceed 10 per cent of the total number of personnel employed therein.”¹¹⁰

8.2.2 Samlede verdi

Bokstav b-d referer seg alle til den ”samlede” verdi eller antall. Dermed oppstår spørsmålet om hva som er den eksakte betydningen av begrepet ”samlede” verdi eller antall i art b-d. Referer dette seg til alle tjenester og alle tjenesteytere i en gitt sektor, eller til hver enkelt tjeneste og tjenesteyter individuelt?

¹⁰⁷ Ostrovsky: GATS, Water and the Environment” (2003).

¹⁰⁸ Ostrovsky: GATS, Water and the Environment” (2003).

¹⁰⁹ Scheduling guidelines

¹¹⁰ Egypt, Schedules of Specific Commitments, GATS/SC/30

Et medlemsland som ønsker å kreve lisens for uttak av vann, og som vil sette vilkår om at slik lisens kun tillater bruk av en viss kvantitet per dag, begrenser den totale mengde tjenestetransaksjoner for firma som transporterer vann til husholdninger. Kan et slikt tak anses som en begrensning av den ”samlede” verdi etter Art. XVI.2(b), eller vil kun en teoretisk begrensning på den samlede verdi for hele territoriet eller regional inndeling innbære en slik begrensning?¹¹¹

I motsetning til bokstav b og c, inneholder bokstav (d) en klar referanse til både hele sektor og individuell tjenesteyter. Derfor adresserer (d) både en teoretisk begrensning for hele sektoren og konkret begrensning for den individuelle tjenesteyter. Men verken bokstav b eller c inkluderer en referanse til individuelle tjenesteyter. Det kan derfor argumentere at disse bokstaver kun omhandler samlet verdi i forhold til hele territoriet eller en bestemt region. Blir en slik forståelse lagt til grunn så vil en individuell begrensning av verdi tjenestetransaksjon eller antall tjeneste ikke kunne anses som restriksjon på markedsadgang. Kun dersom en individuell begrensning er basert på en total restriksjon som gjelder hele territoriet el region vil det falle under rekkevidden av Art. XVI.2(b).¹¹²

8.2.3 Nummeriske grenser

De opplistede tiltak i bokstav a til d er forbudt, enten de nevnte tiltak er uttrykt i ”tallmessige kvoter, tallmessige enheter eller krav om økonomisk behovsprøving”.¹¹³ Art. XVI (a) nevner i tillegg monopoler og tjenesteytere med enerett.

¹¹¹ Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” (2003), s 91

¹¹² Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” (2003), s 91

¹¹³ Art XVI.2 a-d

Tallmessige kvoter

Tallmessige kvoter eller enheter er en direkte og enkel måte å begrense antall tjenesteytere, eller verdi av tjenestetransaksjoner m.v. på, jf bokstav a-d. Egypts horisontale begrensning av antall utenlandske ansatte til maksimum 10 % er et eksempel.

Kvoter kan også ta form av såkalte ”null kvanta”. En null kvanta betyr at et medlem effektivt stenger sitt marked innen en undersektor og / eller en ytelsesmåte. I følge Scheduling Guidelines er nasjonalitetskrav for tjenesteytere det samme som null kvanta.¹¹⁴ Dette er ikke umiddelbart innlysende, siden den vanlige forståelse av ordet ’tallmessig kvanta’ ikke nødvendigvis inneholder nasjonalitetskrav. Men dersom et krav om nasjonalitet reduserer utenlandske tjenesteytere til null, så vil det ha samme effekt som null kvanta. Nasjonalitetskrav er blant de hyppigst innskrevne begrensninger i forhold til markeds adgang, hvilket tyder på at de fleste WTO medlemmer er enige i at disse tiltak kommer inn under rekkevidden av Art XVI.¹¹⁵ Fra et juridisk perspektiv støttes en slik tolkning fordi ser ut til å være konsensus blant medlemmer, samtidig som denne forståelsen legges til grunn i Scheduling guidelines. Dette kan derfor anses som påfølgende praksis etter Art 31.3(b) i Vienna Convention on the Law of Treaties.¹¹⁶

Men i US Gambling ble en enda videre tolkning av nullkvoter lagt til grunn.

Saken gjaldt som nevnt USA forbud mot internettgambling. Panelet konkluderte med at et forbud må anses som en type numerisk kvote – nærmere bestemt en null kvote – fordi det begrenser antall tillatte tjenesteytere til null. USA fremholdt i sin anke at panelets tolkning av markeds adgang “unreasonably and absurdly deprives Members of a significant component of their right to regulate services by depriving them of the power to prohibit selected activities in sectors where commitments are made”.

¹¹⁴ se scheduling guidelines , kraj note 30

¹¹⁵ Krajewski s 86

¹¹⁶ Kraj s 86 nederst

Appellorganet opprettholdt Panelets avgjørelse om at USAs forbud mot internett gambling er et brudd på markeds adgang, selv om forbud ikke er nevnt spesifikt i Art. XVI som en markeds adgangs barriere.

Appellorganets sanksjon av panelets tolkning har betydelige implikasjoner. Mange WTO medlemmer har allerede gjort betydelige bindinger innen detaljhandel, konstruksjonstjenester, reklame og avfallsbehandling – sektorer hvor lokale myndigheter ofte forbyr ulike aspekt ved tjenesten, for eksempel forbud mot tobakksreklame. Soningsbestemmelser er i sin natur reguleringer av bruk av terra/land innen et område, og brukes gjerne for å sikre bærekraftig forvaltning av så vel naturressurser som historiske minnesmerker. Noen land ser ut til å ha vært oppmerksom på den faren, og har forsøkt å begrense sine bindinger tilsvarende. Italia har for eksempel begrenset sine bindinger innen hotell og restaurant tjenester med å innskrive ”authorization can be denied in order to protect areas of particular historic and artistic interest”¹¹⁷

I US- Gambling saken fremholdt USA videre at forbudet mot internett gambling er ikke diskriminerende, fordi det gjelder amerikanske selskap i samme grad som utenlandske. USA påpekte at dersom likebehandling ikke er tilstrekkelig for å møte landets GATS forpliktelser, så vil avtalen gi større rettigheter til utenlandske tjenesteytere enn til egne. USA fremholdt at dette vil resultere i en situasjon hvor utenlandske selskap kan gjøre ting som er ulovlige for nasjonale selskap – men fikk ikke medhold av Appellorganet. Dette aspekt av avgjørelsen betyr at ikke bare forbud mot internett gambling er et brudd på bestemmelsen om markeds adgang, men også ban på andre type gambling eller annen type uønsket aktivitet – selv om et forbud anvendes likt på innen og utenlandsk tjenesteyter innen et hvert område som faller innenfor GATS bindinger. Dette innebærer at myndighetene ikke kan utestenge utenlandske selskap selv om nasjonale lover lukker markedet for innenlandske leverandører. Art XVI begrenser ikke markedsadgangs

¹¹⁷ WTO; ”European Communities and Their Member States – Schedule of Specific Commitments”

forpliktelser innenfor rammene av nasjonal lovgivning. USA er derfor forpliktet til å endre sin lovgivning.¹¹⁸

Monopol

Monopol og tjenesteytere med enerett er en aktuell begrensning kun i relasjon til bokstav (a). Begrepet "monopol" er ikke begrenset til private monopol, jf definisjonen i art XXVIII(h) hvor definisjonen av "tjenesteyter med monopol" inkluderer enhver "offentligrettslig eller privatrettslig person".¹¹⁹ WTO medlemmer har også behandlet både offentlige og private monopol i sine bindingslister.¹²⁰

Fordi GATS bare gjelder myndighetstiltak, (jf art I.3), krever ikke Art XVI.2(a) at myndigheter introduserer tiltak mot monopol som er formet uten myndighetenes involvering eller kontroll. Som definert i art XXVIII(h) er en tjenesteyter med monopol en "person som i det aktuelle markedet på et medlems territorium *har tillatelse fra* eller formelt eller reelt er etablert som den eneste yter av denne tjenesten." Den vanlige forståelse av "har tillatelse" innebærer at etableringen av en tjenesteyter med monopol krever en aktiv involvering av myndighetene, enten formelt eller uformelt. Definisjonen inkluderer dermed monopol som er direkte utformet av myndighetene eller som er avhengig av lovbestemte monopolrettigheter. Art. XVI.2(a) lest i sammen med XXVIII(h) krever altså ikke at en stat må utforme konkurranse lovgivning hvor slik lovgivning ikke er på plass. Kun monopol som er avhengig av myndighetenes oppmuntring faller inn under Art. XVI.2(a)

¹¹⁸ Loven det gjaldt var "The Horceracing Act", og WTOs megler har gitt USA flere frister for å endre lov i samsvar med Appellorganets avgjørelse. USA har foreløpig ikke etterkommet dette.

¹¹⁹ Art XXVII(h)

¹²⁰ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s 87

Typiske monopol som nevnes i bindingslistene er monopol for arbeidsformidling, offentlige institusjoner, passasjertransport med jernbane, post og telekommunikasjons tjenester.,¹²¹ men er også vanlige i vannsektoren.

Økonomisk behovsprøving

Begrepet økonomisk behovsprøving gis ingen generell definisjon i GATS, men i følge Scheduling Guidelines skal kriteriene for en slik test beskrives ”concisely indicating the elements which make it inconsistent with Article XVI”, og videre, ”regarding the economic needs test the entry should indicate the main criteria on which the test is based”.¹²²

Generelt kan en økonomisk behovsprøving forstås som en test som skal etablere hvorvidt det er ”økonomisk behov” for en bestemt tjenesteleveranse i en bestemt ytelsesmåte.¹²³

Økonomisk behovsprøving anvendes typisk som lisensbetingelse eller forhåndsgodkjenning. En tjenesteyter får tillatelse til å levere en tjeneste dersom de ansvarlige myndigheter finner at det er økonomisk behov for en slik leveranse. Økonomisk behovsprøving anvendes hyppigst i modus 3 (kommersiell tilstedeværelse) og modus 4 (fysiske personers tilstedeværelse).

I en 1999 undersøkelse foretatt av UNCTAD¹²⁴ fant man at omtrent halvparten av alle WTO medlemmer bruker økonomisk behovsprøving for å regulere minst en sektor. For eksempel har Danmark listet økonomisk behovsprøving som vilkår for etablering av nye kjøpesentre,¹²⁵ Spania og Norge har listet et tilsvarende vilkår for passasjertransport via veinettet, og Malaysia har vilkår om øk behovsprøving for etablering av private sykehus.

¹²¹ Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s 87

¹²² Scheduling guidelines

¹²³ Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s 88

¹²⁴ UNCTAD/ITCD/TSB/8

¹²⁵ Under subkategori ”retailing services”

En rekke land har også listet en behovsbasert test i forhold til horisontale bindinger, spesielt i relasjon til markedsadgang i modus 4.

Andre type behovsprøvinger enn numeriske

Enkelte land avviker fra den tradisjonelle økonomisk behovsprøving, og inkluderer omfattende tester av sosial behovsprøving i sine bindingslister. Sveits har for eksempel følgende begrensning til markedsadgang i "Passenger rail transport": "Concessions required, for granting of concession there has to be a need for such a railway undertaking and there is no other means of transport which could handle that service in an ecologically and economically more reasonably way."¹²⁶ Dette reiser spørsmål om hvordan slike tester skal forstås i relasjon til Art XVI.2(a). Kan en økologisk behovsprøving listes som en markeds adgangs begrensning, eller er Art XVIs referanse til økonomisk behovsprøving og begrensning av antall tjenesteytere uttømmende? Kan et land innskrive en begrensning om at vannuttak til industrien avhenger av vannivå i vannkilden?

Økonomisk basis inkluderer typisk vurderinger av tilbud og etterspørsel. Økonomisk behovsprøving kan da defineres som en test som etablerer hvorvidt det er en etterspørsel for en tjeneste eller om en ekstra tjeneste vil skape for stort tilbud. Faktorer som er bestemmende for tilbud og etterspørsel kan inkludere det faktiske og antatte antall forbrukere av en tjeneste, og antallet eksisterende tjenesteytere i markedet. Flere land lister sine unntak med referanse til det eksisterende tjenesteytere vis a vis befolkningstall, befolkningstetthet eller lokale behov. Tyskland har for eksempel gjort tilgang av leger og tannleger begrenset i forhold til mangel på slike innen en gitt region.¹²⁷ En kan derfor argumentere at kun tester som adresserer aspekter ved tilbud og etterspørsel kvalifiserer som økonomisk behovsprøving. Konsekvensen blir da atfor eksempel økologiske tester

¹²⁶ Switzerland, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/83

¹²⁷ UNACT ibid

ikke utgjør en økonomisk behovsprøving, og derfor ikke behøver å listes som unntak til Art. XVI.

Et annet argument for en snever tolkning er språkbruken i Art. XVI (a -d) som inneholder begreper som ”i form av” og ”uttrykt ved”. Art. XVI bruker ikke språk som ”inkludert” eller ”blant annet”, som vanligvis anvendes i avtalen for å indikere en illustrativ liste. Frasen ”i form av” tyder på en lukket liste. Dette skulle tilsi at enhver annen type behovsprøving faller utenfor rekkevidden av Art XVI.2, og krever dermed ikke listing som unntak. En slik tolkning gjør det også mulig for medlemsland å vite hvilke tiltak de må liste som unntak, og hvilke tiltak som kan opprettholdes eller innføres uten å være i strid med Art XVI.¹²⁸

8.2.4 Andre forbudte begrensninger, Art. XVI bokstav e og f

Markeds adgang etter Art. XVI (e) og (f) er ikke bestemmelser som gjelder markeds adgang i streng forstand, men begge er relevante i form av å eliminere barrierer for økt aktivitet tjenesteytere.

Art. XVI (e) forbyr ”begrensninger eller krav om bestemte selskapsformer eller fellesforetak”. Dette innebærer at det ikke kan fastsettes restriksjoner på kommersiell tilstedeværelse som ekskluderer representasjonskontorer, krav om at utenlandske selskap skal etablere datterselskap, og krav om at kommersiell deltakelse må ta form av partnerskap eller joint ventures.¹²⁹

Det reiser videre spørsmål om hva som eksakt ligger i begrepene ”bestemte selskapsformer eller fellesforetak”. Er for eksempel en restriksjon til ”nonprofit” organisasjoner en restriksjon av ”legal entity”?

¹²⁸ Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s 90

¹²⁹ Sheduling guidelines

Case: Porto Alegre, Brasil

I Porto Alegre, Brasil, praktiserer "The Municipal Department of Water and Sanitation" (DMAE) et deltakende styringssystem hvor lokalsamfunnet er sentral i beslutningsprosesser relatert til prising, planlegging og styring av vanntjenester. DMAE er et "non-profit" selskap som er finansielt uavhengig av kommunal styring. Porto Alegre har forbedret dekningsområdet for vannleveranser til 99,5 prosent av innbyggerne, og prisen på vann er blant de laveste i Brasil. DMAE muligheten til å forfølge en no-dividend politikk, hvor - i mangel på aksjeeiere – all profitt automatisk reinvesteres i systemet. I selskapsvedtektene er det uttrykkelig fastsatt at DMAE må reinvestere 25 % av sin årlige revenue.¹³⁰ Dersom Brasil tar fulle bindinger til markeds adgang i vannsektoren, kan de da kreve at selskap som skal levere vanntjenester må være et nonprofit selskap?

Termen 'types of legal entity' forutsetter en typologi av juridiske enheter. Den spesifiserer dog ikke hvorvidt en slik typologi må baseres på bestemmelser i for eksempel selskaps- eller konkurranse lovgivning, eller om den kan baseres på andre typer gjenkjennelig typologi. I lys av de ulike juridiske systemene hos WTO medlemmer, er det vanskelig å anta at bare juridiske enheter som anerkjennes på basis av lovbestemt konkurranse eller selskapslovgivning skal anses som juridiske enheter. Men art (e) kan neppe forstås som å dekke enhver restriksjon – det må være restriksjon på basis av juridiske enhetskategorier som kan deles opp.

Dersom "nonprofit" er en distinkt juridisk enhet så vil krav om å levere en tjeneste gjennom slik enhet omfattes av Art. XVI(e). Men derimot dersom nonprofit er en term som kan kjenne tegne enhver type juridisk enhet, så må dette anses som en kvalifisering av tjenesteyter som ikke faller inn under Art. XVI(e).¹³¹

¹³⁰ Global Policy Forum; "A Shared Vision: The EU Water Policy and European Water Corporate Interests", Charles Santiago (2003)

¹³¹ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s 92

Art XVI (f) forbyr begrensninger på utenlandsk kapitaldeltakelse. Fra utviklingsland er det vanlig med slike begrensninger ut fra ønsket om å garantere en viss grad av lokalt eierskap og kontroll med tjenesteleveranser for å legge til rette for overføring av teknologi eller for å oppmuntre til lokal produksjon. Slike tiltak vil typisk begrense utenlandsk kapitaldeltakelse i en best form for kommersiell tilstedeværelse (modus 3) til en bestemt prosent andel. For eksempel har India satt begrensninger på levering gjennom kommersiell tilstedeværelse av mange helse og turisme tjenester med et utenlandsk kapital tak på 51 %.

Mange land har restriksjoner på dette området for å hindre at utenlandske selskaper får fullstendig kontroll over vitale sektorer. Bestemmelsen forbyr ikke i seg selv offentlige tjenesteytere, men forbyr en regulering som krever offentlig eierskap. Bestemmelsen forbyr også reguleringer som begrenser deltagelse av utenlandske investeringer inkludert private investeringer i privatiserte selskap som tidligere var offentlige.

Noen land setter også *minimums* grenser for utenlandsk kapitaldeltakelse, for eksempel har Ghana satt et krav om at "joint venture" selskap skal ha et minimum av utenlandsk kapital på US\$10 000. Det er tvilsomt om slike minimumsgrenser faller inn under artxvi:2 (f), idet denne bestemmelsen utelukkende referer til maksimumsgrenser. Men det er åpenbart at minimumsgrenser også kan begrense markedsadgang. Dette reiser også spørsmålet om de facto begrensninger skal listes i bindingslistene.

8.3 Rekkevidde Art XVI

Nasjonal behandling er i prinsippet en relativ restriksjon som tillater hvert medlemsland å vedta den reguleringspolitikk de selv ønsker, selv om denne er forskjellig sammenliknet med andre medlemmer, forutsatt at de aktuelle reguleringsbestemmelser ikke er diskriminerende i lov eller effekt. Markedsadgang er i kontrast en bestemmelse som forbyr visse type reguleringer, uavhengig av om de er diskriminerende eller ikke.¹³²

¹³² Sinclair; "How the World Trade Organization`s new `services` negotiations threaten democracy", s 52

Et aktuelt spørsmål er imidlertid hvorvidt Art XVI kun relaterer til form, eller om den også omfatter tiltak som effektivt medfører markeds restriksjoner, selv om det ikke skjer gjennom tiltakene som defineres i bokstav a-f? Hvorvidt kan et medlem som har bundet seg til full markeds adgang allikevel opprettholde reguleringstiltak som ikke nevnes i Art XVI.2 dersom de i effekt begrenser markedsadgang?

Subsidier kan illustrere problemstillingen; kan et medlem subsidiere innenlandske tjenesteytere og på den måten effektivt hindre utenlandske tjenesteytere som ikke mottar subsidier mot å etablere seg på markedet?¹³³ Dette vil åpenbart være i strid med bestemmelsen om nasjonal behandling. Men forutsatt at dette er innskrevet som en begrensning på bindinger til nasjonal behandling, uten at det er tatt tilsvarende begrensning under binding til markeds adgang. Vil en slik subsidiering være i strid med bestemmelsen om markeds adgang fordi utenlandske tjenesteytere i effekt ikke kan konkurrere i markedet? Spørsmålet kan også gjelde et ikke diskriminerende tiltak som effektivt begrenser markeds adgang. Kan et medlemsland for eksempel opprettholde en høy ikke-diskriminerende skatt på visse tjenester som hindrer utenlandske etableringer på de facto basis?¹³⁴

I Art XVI.2 angis de forbudte tiltak ved bruk av ordene ”definert som”. ”Definert som” antyder en presis og uttømmende oppregning av tiltak som er i strid med Art. XVI. Det kan derfor hevdes at et tiltak som ikke nevnes i Art. XVI.2 ikke faller innenfor rekkevidden av denne bestemmelsen selv om det aktuelle tiltaket begrenser de facto markedsadgang. Dette er også i overensstemmelse med Scheduling guidelines hvor det sies at ”...*the list is exhaustive*..”.¹³⁵

Med utgangspunkt i en slik tolkning er det ikke nødvendig å liste for eksempel subsidier og skatter som unntak til Art XVI, siden dette ikke er en del av tiltakene som nevnes i

¹³⁴ Mattoo; National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora`s Box?” s 109

¹³⁵ Scheduling Guidelines

bestemmelsen. I det tilfellet at slike tiltak diskriminerer mellom innenlandske og utenlandske tjenesteleverandører, så må tiltakene listes som unntak til nasjonal behandling dersom det er tatt bindinger etter den bestemmelsen.

Det kan derfor være riktig å hevde at GATS XVI omfatter tiltak som ikke bare har en bestemt effekt, men som også antar bestemte former. Som konsekvensen vil alle tiltak som ikke har den form som nevnes i Art XVI a til f være tillatt under GATS markeds adgang bestemmelsen. Det er uklart om en slik tolkning vil vinne gjennom. Dersom markeds adgang bestemmelsen tolkes som å sette bare strenge krav til effekt og ikke til form, vil bestemmelsen få potensielt stor rekkevidde, og Art XVI vil da gå mye lenger i å begrense bruken av viktige reguleringsverktøy.

Spørsmålet om regional og territorial inndeling

GATS Art. XVI.2 sier at et medlem ikke skal opprettholde eller treffe tiltak ”..verken på regionalt plan eller på hele sitt territorium... med mindre noe annet er angitt i medlemmets bindingsliste”. Et medlem kan etter dette operere enten et regionalt basert monopol eller et nasjonalt monopol, såfremt dette er satt som en begrensning på markeds adgang i bindingslisten.

Men hva med andre type inndelinger? Hva med tiltak som skjer på mer lokalisert nivå, for eksempel i en nasjonal park? Muligheten til å definere geografiske grenser for monopoler er viktig for markeds differensierings formål. Det gjør det mulig for myndighetene å definere grenser ikke bare langs politiske skillelinjer, men også langs sosiale, økonomiske eller behovsbaserte skillelinjer. For eksempel har det i Accra i Ghana vært bevegelser for å segregere de mer profitable urbane deler av byen fra de mindre profitable utenforliggende deler av byen.¹³⁶ I andre tilfeller kan det være mer nyttig å kombinere mer eller mindre lønnsomme geografiske områder i en konsesjon, med målsetting om å tillate den private leverandør å kompensere tap med avkastning fra en mer lønnsom del i samme konsesjon, jf

¹³⁶ Ostrovsky: GATS, Water and the Environment”, note 72

SABESP- konsesjonen i Sao Paulo, Brasil. Det er uklart hvordan denne form for inndeling relaterer til GATS "regional subdivision" i Art XVI.2.

Er det mulig å definere andre geografiske grenser enn de som angis i Art. XVI? Art. XVI nevner kun regionalt og territorielt nivå, betyr det at for eksempel lokale tiltak er unntatt?

Etter vanlig forståelse vil "regionalt plan" være et område som er mindre enn hele territoriet, men større enn en lokal enhet. Regionalt plan kan da oppfattes som stater eller provinser i et føderalt system, eller overført på norske forhold; fylkeskommuner eller kommuner. Generelt er det en referanse til store administrative enheter i en sentralisert stat.¹³⁷ Er det mulig at et tiltak som i utgangspunktet er i strid med Art XVI ikke dekkes fordi det kun omfatter en mindre lokal enhet? Kan en for eksempel begrense det totale antall tjenesteytere i nasjonalparker på tross av fulle bindinger til markeds adgang?

Scheduling Guidelines henviser til Art I.3; "Where commitments do not cover the entire national territory, the entry should describe the geographical scope of measures taken according to Article I.3(a)(i)."

En lesning i samsvar med Art. I.3 som Scheduling Guidelines legger opp til, gir Art. XVI mindre fleksibilitet. Art I definerer rekkevidde og definisjon av tjenesteavtalene gjennom å spesifisere at de tiltak den omfatter dekker tiltak tatt av "sentrale, regionale eller lokale myndigheter." og "ikke-statlige organer, når disse utøver myndighet som er delegert dem fra sentrale, regionale eller lokale regjeringer eller myndigheter".¹³⁸ Dette kan tolkes som å bety at medlemmer når de anvender et "tiltak", for eksempel etablering av et monopol, er pliktet å definere "regional subdivisions" langs disse sentrale, regionale eller lokale myndighets linjer.

¹³⁷ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s 85

¹³⁸ Art I:3

Krajewski argumenterer for at den ordinære betydningen av 'subdivision'¹³⁹ antyder at hele territoriet kan deles inn i regionale "subdivisioner" eller underavdelinger. Han fremholder dette som et argument for at GATS Art XVI:2 ikke får anvendelse på tiltak for bestemte regioner som ikke inndeler hele territoriet, men som er regionale og naturlig særskilt avgrensede enheter, for eksempel fjellkjeder, skoger, nasjonalparker, ulike nedbørsfelt osv.¹⁴⁰

Tuerk, Ostrovsky og Speed¹⁴¹ argumenterer også for en fleksibel tolkning av GATS i relasjon til geografiske inndelinger og fremholder at et skille mellom XVI og Art I kan løses dersom man antar at de omhandler to forskjellige spørsmål, og derfor kan tolkes i sammenheng med hverandre bare i begrenset grad. Art I omhandler rekkevidden av GATS, og i den kontekst listes de enheter hvis handlinger er å anse som "tiltak som innvirker på handel med tjenester".¹⁴² Listen i Art I skulle derfor bare gjelde de enheter som kan utstede "tiltak" slik disse defineres i GATS. Slike tiltak som må korrespondere med enhetens regulerings rettigheter, ikke bare i forhold til innhold men også i forhold til rekkevidde for anvendelse.

På den annen side, termen 'regional subdivisions' slik den er definert i Art XVI omhandler markeds oppdeling og innholdet av markeds adgang forpliktelsen. Selv om et tiltak må være lovlig i betydningen at den må falle inn under (både geografisk og i innhold) den enheten som utsteder den, så kan den ikke være begrenset til de geografiske inndelinger som fastsettes i Art I. Tuerk, Ostrovsky og Speed fremholder at ulike typer geografisk eller annen inndeling skal defineres av medlemslandene i deres bindingslister; "*Rather, the types of geographical or other subdivisions are meant to be defined by members in its schedule*".¹⁴³

¹⁴⁰ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s 85

¹⁴¹ GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poor (2003)

¹⁴² jf Art I;1

¹⁴³ Ostrovsky, Speed & Tuerk ; GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poor s 10

Art VIII som omhandler monopol og eksklusive tjenesteleverandører referer til ”når den yter monopol tjenesten på *det relevante marked*”.¹⁴⁴ Gitt at markeder kan eksistere i form av tjenestesektorer, forbrukersegmenter og geografi, så er det sannsynlig at en betingelse som gir myndighetene tillatelse til å opprettholde monopoler for en bestemt tjeneste også vil tillate monopoler på ethvert valgt regionalt nivå eller annen geografisk inndeling, inkludert inndelinger basert på økonomiske, sosial eller behovsbaserte betraktninger.¹⁴⁵

Videre sier Art VIII.2; ”Når en tjenesteyter med monopol hos et medlem konkurrerer direkte eller gjennom et datterselskap om å yte en tjeneste som ikke omfattes av dens monopol og som hører inn under nevnte medlems spesifikke forpliktelser, skal medlemmet sørge for at en slik tjenesteyter ikke misbruker sin monopolstilling til å opptre på dets territorium på en måte som er uforenelig med slike forpliktelser.”

Denne delen av Art VII omhandler spesielt misbruk av monopolstilling og presenterer en pragmatisk tilnærmings måte til geografiske grenser for monopol. Bestemmelsen kan leses slik at så lenge medlem ikke tillater et monopol å rekke utover dets definerte grenser og misbruke sin monopolstilling ved å blande seg inn i andre (åpne) markeder, så er hvilken som helst avgrensning akseptabel under GATS. Denne tolkning beskytter de deler av markedet som er åpent for konkurranse, men sikrer samtidig at et medlem kan forsyne de mest marginaliserte segmenter i samfunnet med vanntjenester gjennom å etablere monopol.

I teorien kan man altså finne mange argumenter for at medlemmer kan definere geografiske (og andre) grenser utover den begrensede rekkevidde i Art I. Dette er også i overensstemmelse med hvordan medlemmer faktisk har forholdt seg til dette i bindingslistene.

¹⁴⁴ Art VIII:1

¹⁴⁵ Ostrovsky, Speed & Tuerk ; GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poor, s. 10

Men en slik tilnærming eliminerer ikke alle tvetydigheter, og det er vanskelig å vite hvordan et WTO tvisteløsning vil vurdere dette. Det er derfor viktig for WTO medlemmer å få klarhet i omfanget disse grensene før flere bindinger inngås, spesielt i forhold til hvilke begrensninger dette kan legge på deres mulighet til å utforme og regulere ulike tjenestemonopol.

8.4 Vanntjenester og naturlig monopol

I essens forsøker GATS markedsadgangs bestemmelse å eliminere bestemte kvantitative eller andre skranker i tjenestehandel. I vannsektoren er det imidlertid faktorer som begrenser markedsadgang utover de reguleringer som er målskiver for GATS. I motsetning til i telekommunikasjonssektoren og deler av energi leveranser hvor konkurranse er anvendbar/gjennomførbar, så er konkurranse i markedet for vanntjenester vanligvis utelukket på grunn av de massive investeringer i nettverk aktiva som er nødvendig for å levere en tjeneste. Kostnadene ved å flytte vann i rør er også langt større enn ved overføring av telefonsamtaler eller distribusjon av elektrisitet. Med andre ord, teknologien og vanntjenesters natur begrenser sterkt utsiktene til konkurranse i markedet, og dermed begrenses de effektivitetsgevinster som kan følge av privatisering.

De store vannselskap presser på for å få økt markeds adgang, men det er fremdeles i stor grad utforsket eksakt hvordan GATS markeds adgang bestemmelse relaterer til begrensninger som ikke er påtvunget av myndigheters reguleringer, men av økonomiske forhold. Et mulig svar ligger i det faktum at naturlige monopol ofte involverer konsesjoner eller lisenser fra myndighetene. Markeds adgangs bestemmelsen kan innvirke på hvordan tjenesteytere oppnår konsesjoner eller lisens, for eksempel slik at forpliktelse til markeds adgang kan innebære at en utenlandsk tjenesteyter får anledning til å delta i anbudsrunder for konsesjons kontrakter. Dette etterlater rivalisering under privatisering hovedsakelig i form av ”konkurranse for markedet”, det vil si konkurranse for å vinne kontrakten eller

konsesjonsavtalen.¹⁴⁶

8.5 Konklusjon markeds adgang

Bestemmelsen om markeds adgang forbyr kvantitativ inngangskontroll og visse andre former for tiltak som kan begrense markeds adgang. Nummeriske kvoter og økonomisk behovsprøving er typiske eksempler på kvantitativ inngangskontroll, mens krav om bestemt juridisk enhet eller grenser på utenlandsk kapitaldeltakelse er typiske eksempler på andre tiltak som kan begrense markeds adgang. Dette er reguleringstiltak som brukes av en rekke WTO medlemmer på ulike utviklingsnivå, i ulike sektorer og for å nå ulike polistiske mål.

Det er betydelig usikkerhet knyttet til markedsadgangs bestemmelsens innvirkning på vanntjenester, spesielt der tjenestesektorer utgjør naturlige monopol. Det synes imidlertid klart at bestemmelsen har potensial til å pålegge sterke begrensninger på myndigheters regulering av adgang til markedet.

Hvilken innvirkning markeds adgang bestemmelsen får på nasjonale reguleringer avhenger av de enkelte medlemslands bindingslister. Medlemmer kan beholde frihet til å iverksette tiltak i strid med Art XVI dersom de fører opp slike begrensninger i slike bindingslister. Dette krever at myndighetene er klar over hvilke nasjonale reguleringer som potensielt kan omfattes av Art XVI.

¹⁴⁶ Kirpatrick og Parker; "Regulation and the Privatization of Water Services in developing Countries: Assessing the Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS)", Centre on regulation and Competition, Working Paper Series nr. 67

9 Innenlandsregulering

9.1 Innledning

GATS skiller mellom handles restriksjoner og innenlands reguleringer. I bestemmelsene om markedsadgang og nasjonal behandling er det handelsrestriksjoner som er målet for liberalisering, mens bestemmelsen om innenlands regulering omfatter reguleringer som ikke er brudd på bestemmelsene om markedsadgang eller nasjonal behandling, men som allikevel utgjør ”unødvendige hindringer for handel med tjenester”.

GATS Art. VI:4 gir mandat for å forhandle fremtidige bestemmelser for innenlands regulering. I april 1999 ble Working Party on Domestic regulations (WPDR) etablert for å utarbeide regler om innenlands regulering i tråd med art VI:4.

Den underliggende tanke bak mandatet er at innenlands reguleringer kan påvirke internasjonal handel selv om de ikke diskriminerer mellom innenlandsk og utenlandsk leverandør eller eksplisitt begrenser markedsadgang. Å underlegge leveranse av en tjeneste bestemte prosedyrer eller krav kan gjøre leveranse av denne tjeneste mer byrdefull sammenliknet med leveranse uten disse krav. Dersom innenlands reguleringer gjør det for kostbart for visse leverandører å entre markedet og tilby sine tjenester, kan effekten av markedsadgang bli redusert gjennom eksistensen av byrdefulle innenlands reguleringer. Derfor forhandles det i WTO om innenlands reguleringer som et supplement til markedsadgang og nasjonal behandling.

Fremtidige bestemmelser om innenlands reguleringer er noe av det mest omstridte og utskjelte i debatten om myndigheters regulerings rom i GATS. Kritikerne har blant annet hevdet at bestemmelsen om innenlands regulering utgjør et av de farligste angrep på

demokratisk politikkutforming¹⁴⁷ fordi bestemmelsen underlegger nasjonal lovgivning granskning av WTOs tvisteløsning. Dette fremheves som spesielt bekymringsfullt fordi nasjonale avgjørelser ofte er basert på omhyggelig balanserte politiske og sosiale kompromiss. Det har fra flere hold blitt det hevdet at det ikke bør være WTOs rolle å kontrollere ikke diskriminerende innenlands reguleringer, det vil si de regler som ikke diskriminerer ved standard og kvalifikasjoner basert på nasjonalitet. Det fremheves at GATS på dette punktet representerer en inntrengning av internasjonal handelslovgivning inn i viktige innenlandske reguleringer

Jeg skal i det følgende se på hva disse bestemmelser om innenlands regulering kan bety for offentlige reguleringer. Fordi reglene i tråd med Art. VI:4 ennå ikke er vedtatt, er det en rekke usikkerhetsmomenter knyttet til hvilken eksakt utforming bestemmelsen vil få, eller hvordan den vil bli praktisert. Jeg tar i det følgende ikke sikte på å gi en uttømmende drøftelse av innenlands reguleringer, men vil presentere noen sentrale problemstillinger og mulige løsninger i relasjon til Art VI:4.

9.2 GATS Art VI.4

9.2.1 Rekkevidde av fremtidige bestemmelser

Det er viktig å se WTO's arbeid med innenlands reguleringer i kontekst. Tjenestesektoren er blant det mest regulerte feltet i de fleste samfunn fordi tjenester inkluderer tilgang på grunnleggende sosiale goder som helse, utdanning og vannforsyning.

Hvilken type reguleringer?

Art. VI.4 lister en rekke tiltak som potensielt omfattes av GATS "krav til og fremgangsmåter i forbindelse med kvalifikasjoner, tekniske standarder og krav til lisens",

¹⁴⁷ Scott Sinclair, "GATS: How the World Trade Organization's new `services` negotiations threaten democracy,"

uten å gi en nærmere veiledning. Rekkevidden er tilsynelatende smalere definert enn tiltak av generell anvendelse i Art. I.

Sekretariatet har utarbeidet et bakgrunnsnotat som definerer disse kategoriene.¹⁴⁸ WPDR har fremholdt at disse definisjonene er akseptable, men kan revideres dersom nødvendig.¹⁴⁹

Ifølge dette bakgrunnsnotatet er ”kvalifikasjonskrav” substantive krav som en profesjonell tjenesteutøver må oppfylle for å få et sertifikat eller en lisens, for eksempel profesjonelle standarder som krav om legelisens og advokatlisens, språkkraft og krav om praktisk erfaring. ”Kvalifikasjonsprosedyrer” er administrative eller prosessuelle regler som relaterer til administrasjon av kvalifikasjonskravene.

Lisenseringskrav kan karakteriseres som kvalitativ inngangskontroll, angir substantive krav andre enn kvalifikasjonskrav, som en tjenesteyter må oppfylle for å få formell tillatelse til å yte en tjeneste, for eksempel krav om bosted, avgifter og registrering. ”Lisensprosedyrer” er administrative prosedyrer relatert til innlevering og vurdering av en søknad om lisens.

Tekniske standarder er en vid kategori som i følge WTO sekretariatet definisjons ikke bare referer til ”technical characteristics of the service itself”, men også til ”the rules according to which the service must be performed”¹⁵⁰ Dette kan for eksempel gjelde krav til vannkvalitet, sikkerhetsregler for rørledninger, regler for behandling og oppbevaring av giftig avfall. Tekniske standarder tilhører en bredere gruppe av standarder som også kan omfatte priskontroll fordi dette får anvendelse på den måten en tjeneste ytes på.¹⁵¹

¹⁴⁸ WTO, Working Party on Professional Services, ”The Relevance of the Disciplines of the Agreement on Technical Barriers to Trade on Import Licensing to Article VI.4 of the GATS”, Note by the Secretariat, 11.sept 1996, (S/WPPS/W/9)

¹⁴⁹ WPDR: Summary of Discussions on the Checklist of Issues for the WPDR (2002)

¹⁵⁰ WTO, Working Party on Professional Services, ”The Relevance of the Disciplines of the Agreement on Technical Barriers to Trade on Import Licensing to Article VI.4 of the GATS”, Note by the Secretariat, 11.sept 1996, (S/WPPS/W/9)

¹⁵¹ Krajewski; ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s. 136

I diskusjoner i WPDR har Japan lagt frem et forslag til et anneks om innenlands reguleringer som skal gjelde for "measures affecting trade in services *including* those relating to licensing requirements and procedures, qualification requirements and procedures and technical standards".¹⁵² Dette forslaget åpner for at også andre krav enn de fem som er nevnt i Art. VI.4. Den generelle rekkevidde av det foreslåtte annekset reiser spørsmål om dette er innenfor mandatet i Art VI.4. En slik utvidelse av mandatet ser ikke ut til å ha støtte blant flertallet av WTO medlemmer. Referat fra WPDR møter rapporterer at de fleste delegasjoner mener at Art. VI.4 ikke skal ha rekkevidde utover disse fem kategoriene.¹⁵³

Hvilket myndighetsnivå?

Et sentralt spørsmål er på hvilket myndighetsnivå Art. VI.4 får anvendelse. Dette vil få viktige og praktiske implikasjoner fordi reguleringer ofte skjer på sub nasjonalt nivå.

Krajewski fremholder at selv om GATS får anvendelse på både statlig, regionalt og lokalt nivå, så kan fremtidige bestemmelser om innenlands regulering begrenses til å gjelde statlig nivå.¹⁵⁴ Effekten av Art. VI.4 vil bli sterkt påvirket av hvilket valg som tas i forhold til hvilket myndighetsnivå Art. VI.:4 får anvendelse på. Det har vært argumentert at det vil være svært byrdefullt for medlemsland – spesielt i mange utviklingsland – å sikre etterlevelse på alle nivå. En begrensning til kun nasjonalt nivå kan også være mer gunstig med hensyn til GATS lov versus nasjonal lovgivning. Men på annen side vil denne type begrensninger kunne føre til forskjellig anvendelse i land med hovedsakelig sentral kontra sub sentrale reguleringer.

¹⁵² WPDR: Communication from Japan, Draft Annex on Domestic Regulation (2003), punkt II.3

¹⁵³ WPDR; Minutes of the Working Part, 3.juli 2001 og 2. oktober 2001

¹⁵⁴ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s. 136

Kun bundne sektorer?

Et særlig viktig spørsmål i relasjon til rekkevidden av art VI.4, er hvorvidt bestemmelsen skal gjelde alle sektorer eller kun de sektorer hvor medlemsland har tatt spesifikke bindinger? Diskusjoner i WPDR tyder på at medlemsland er delt i dette spørsmålet, men mange synes å argumentere for at det kun skal gjelde i bundne sektorer.¹⁵⁵ Det er også den løsningen som er valgt for regnskapssektoren.

Art VI.4 sier ikke noe spesifikt om spørsmålet. Den videre kontekst tilsier generell anvendelse fordi art VI.4 er en del av generelle forpliktelser. Den nærmere kontekst i VI.4 antyder imidlertid at bestemmelsen kun skal gjelde i bundne sektorer, idet Art VI.1, VI.3, VI.5 og VI.6 kun inneholder forpliktelser for bundne sektorer. Dette kan imidlertid også tas som et argument for at unnlatelse av dette er gjort med intensjon, og at Art VI.4 skal gjelde alle sektorer. Dette er et spørsmål som må avklares i forbindelse med vedtagelse av nye regler etter Art. VI.4.

9.2.2 Omfang og virkning av nødvendighetstest

Art. VI.4 a-c angir hvilke krav eventuelle retningslinjer skal baseres på. Reguleringer skal være basert på ”objektive og åpne kriterier”, ”ikke mer byrdefull enn nødvendig for å sikre kvaliteten på en tjeneste”, og at fremgangsmåten ved lisensering, ”ikke i seg selv utgjør en restriksjon på ytelsen av tjenesten.” Stridens kjerne er den såkalte nødvendighetstesten ”ikke mer byrdefull enn nødvendig”.

Hvilken betydning Art VI.4 får på nasjonal regulering vil avhenge mye av utformingen av denne nødvendighetstesten. Betegnelsen ”ikke mer til byrde enn nødvendig” er et vagt og usikkert kriterium for måling av offentlige beskyttelser. Hva er standarden for å måle ”ligge til byrde”? Omfatter det tiltak som bare er brysomme for potensielle eksportører,

¹⁵⁵ WPDR, Summary of Discussions on the checklist of Issues for the WPDR, Revision, 3 des 2002, at 4

eller må det inneholde betydelige kostnader eller alvorlig ulempe? Og hva vil bli betraktet som "nødvendig" i sammenheng med liberalisering av handel? Si for eksempel at et land vil sette nye betingelser for driften av vannselskaper for å bevare vann og hindre at viltliv og miljøet blir skadet. Ville disse reguleringene bestå nødvendighetsprøven? Eller kunne regjeringen ha fulgt opp sine bevaringshensikter på en måte som var mindre hemmende for handel? Der hvor det er tilgjengelig to eller flere muligheter for beskyttelse av menneskerettighetene i forbindelse med tjenesteregulering, vil stater måtte velge det alternativet som legger færrest hindringer i veien for handel, selv der hvor det alternativet måtte være minst effektivt?¹⁵⁶

Konseptet om nødvendighet impliserer at det ikke eksisterer noe alternativ for å oppnå et bestemt mål. Men i følge Black's Law Dictionary¹⁵⁷ må begrepet nødvendighet "*be considered in the connection in which it is used, as it is a word susceptible of various meanings. It may import absolute physical necessity or inevitability, or it may import that which is only convenient, useful, appropriate, suitable, proper or conducive to the end sought. It is an adjective expressing degrees, and may express mere convenience or that which is indispensable or an absolute physical necessity*". Denne definisjonen gir dermed ikke større klarhet i hvilken grad av "nødvendighet" som kreves.

Sekretariatet har i et notat om GATS Art VI.4 uttalt om nødvendighetstesten: "*A measure cannot be deemed necessary if satisfactory and effective alternative means to achieve the same objective are reasonably available to the Member enacting it.*"¹⁵⁸ Dette reiser imidlertid nye spørsmål om hva som er "satisfactory and effective" alternativ, og hva som skal legges i "reasonably available".

¹⁵⁶ Thirst for Control

¹⁵⁷ Black's Law Dictionary 928 (5th edition)

¹⁵⁸ WTO, Council for Trade in Services, "Article VI.4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to all Services," Notat fra sekretariatet, 1999, para 27 (S/C/W/96)

Den nøyaktige rekkevidde og de aktuelle kriterier for nødvendighetstesten er fremdeles uklare. Det er heller ikke gitt at "nødvendighet" skal tolkes likt i alle kontekster. Det bør derfor klargjøres hva som skal legges i begrepet "nødvendighet" for å unngå en situasjon hvor WTO paneler anvender en nødvendighetstest som er mer restriktiv i forhold til nasjonal autonomi enn det som er medlemslandenes intensjon. Flere medlemsland har for eksempel tatt til orde for at bestemmelsen bør inkludere en liste av legitime mål slik det er gjort for regnskapssektoren.¹⁵⁹ Disse retningslinjene gjelder kun de land som inngår forpliktelser om regnskapstjenester (dvs som binder denne sektor). Selv om disse retningslinjer ikke skaper presedens, kan de ses på som en modell for fremtidige generelle bestemmelser eller for spesifikke bestemmelser innen ulike profesjonelle sektorer.

Hovedformålet for retningslinjene i regnskapssektoren er økt åpenhet og innsyn, nærmere bestemt økt adgang til informasjon om reguleringer, standarder og framgangsmåter i forbindelse med krav til lisens og kvalifikasjoner. Målet er å sikre at søkerne får en rettferdig behandling og en sjanse til å konkurrere på like fot. Retningslinjene på regnskapsområdet gir ingen eksakte krav til nivået på faglige kvalifikasjoner eller standarder for regnskapsførere, men krever at de ikke skal være *"more trade- restrictive than necessary to fulfil a legitimate objective."* Retningslinjene angir hva som er "legitimate objectives", blant annet "the protection of consumers, the quality of the service, professional competence, and the integrity of the profession.." Bruken av blant annet (inter alia) tyder på at dette ikke er en lukket liste, men en illustrasjon på hvilke type legitime mål som er aktuelle. Selv om det er klart at denne listen ikke ekskluderer noen mål a priori, så er det mulig at det kan argumenteres med at kun mål som er liknende eller i sammenheng med de nevnte mål skal anses som legitime.

Konseptet om nødvendighet er ikke begrenset til GATS Art. VI:4, men er også et viktig element i GATS Art XIV, samt i en rekke andre bestemmelser i WTO (bl.a. GATT Art. XX, TBT Art. 2.2., SPS Art. 2.2.). Nødvendighetstesten har vært anvendt i en rekke saker

¹⁵⁹ Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector - Adopted by the Council for Trade in Services on 14 December 1998, S/L/64

under GATT og WTO, hvor nødvendighet har blitt reist som et forsvar fra det landet hvis tiltak har blitt utfordret. I hver sak bortsett fra i EC- Asbestos har påstander om at tiltaket var nødvendig blitt forkastet.

Nødvendighet i relasjon til GATT ble i US-Section 337, i Thailand – Cigarettes og i US-reformulated Gasoline tolket slik at panelet kun evaluerte nødvendighet på basis av hvorvidt det finnes akseptable alternativ tilgjengelig, uten å trekke inn vurderinger av hvorvidt den aktuelle nasjonale politikk er nødvendig eller viktig eller balansering av legitime mål mot hverandre. Men i to nyere saker (Korea – Beef og EC-Asbestos) har panelet utviklet evalueringsparameter som inkluderer avveining av innenlandske politiske mål opp mot tiltakets handelsrestriktive virkning, med det resultat at viktigheten av et tiltak kan bli bestemmende for lovligheten av tiltaket.¹⁶⁰

Standarden ”mer byrdefull enn nødvendig” reiser også andre problemstillinger. Hva er standard for å måle byrdefull? Konseptet om å være byrdefull kommer lett i konflikt med den økende relevans av føre-var tilnærminger i miljøvern- og helsereguleringer.

Anvendelse av føre-var prinsippet involverer å ta skritt for å begrense eller minimere skade når en risiko har blitt apparent, selv om det foreligger vitenskapelig usikkerhet med hensyn til enkelte element av risiko og årsaks – effekt forholdet som produserer denne risiko.

Særlig tekniske standarder er sårbare for slike føre-var reguleringer.

Fordi ”ikke mer byrdefull enn nødvendig” testen i Art. VI.4 er direkte linket til kvaliteten på en tjeneste, har det blitt ytret bekymring for at GATS vil bli tolket veldig innblandende. Ta for eksempel et utviklingsland som krever at alle kommersielle vannselskap reserverer et visst antall av sine tjenester til fattige segmenter gratis/under kost. Slike krav kan rettferdiggjøres etter sosialpolitiske målsettinger, men vil det være mulig å argumentere at det bedrer kvaliteten av en tjeneste for de betalende (kommersielle) kunder? Dersom et land opererte en slik universell tjenesteobligasjon utelukkende på utenlandske selskap, ville

¹⁶⁰ CIEL, Second Guessing National level Policy Choices: Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Service Negotiations (2003).

tiltaket være et brudd på nasjonal behandling. Men dersom det anvendes likt på nasjonale og utenlandske leverandører, så kan det potensielt være brudd på Art. VI.4. Dette er et særlig problem fordi ikke mulig å liste begrensninger på Art. VI.4, og brudd på bestemmelsen vil kreve at det aktuelle tiltaket endres. Dermed kan resultatet bli at myndighetene velger en mindre effektiv tilnærming, eller velger å iverksette diskriminerende tiltak som kan unntas under Art XVII.¹⁶¹

9.2.3 Forholdet mellom Art. VI:4 og Art. XVI og XVII

GATS- avtalen gjør en viktig distinksjon mellom markedsadgangsrestriksjoner og innenlands reguleringer. Markeds adgang gjelder kvantitative restriksjoner og er i prinsippet forbudt såfremt unntak ikke er oppført i bindingslistene. Innenlands reguleringer er kvalitative restriksjoner, det vil si de adresserer kvaliteten på en tjeneste eller tjenesteyter, og er kun forbudt dersom de er mer handelsrestriktive enn nødvendig

Det er viktig å skille mellom markeds adgang og innenlands regulering. Tiltak i strid med markedsadgang og nasjonal behandling listes som unntak, mens tiltak i strid med Art. VI:4 i utgangspunktet ikke kan unntas i bindingslistene.

Verken Art. VI.4 eller Art. XVI eller XVII adresserer dette spørsmålet. Det fremkommer imidlertid i en analyse fra sekretariatet at ”measure (subject to article VI disciplines) cannot be entered as limitations in a Member`s schedule”.¹⁶²

US-Gambling var første sak som adresserer spørsmålet om forholdet mellom GATS Art. XVI og VI/XVII/XVIII. I US- Gambling bekreftet Panelet den gjensidig utelukkende anvendelse av Art. XVI og XVII på en side, og Art. VI.4 og VI.5 på den andre side.¹⁶³

¹⁶¹ Adlung; Services Trade Liberalization from Developed and Developing Country Perspectives” s 23

¹⁶² ibid, para 13

¹⁶³ US-Gambling s.205-208. Appellorganet adresserte ikke dette emnet.

Det er videre viktig å kunne skille mellom tilgangen på generelle unntak som kan rettferdiggjøre handelsrestriksjoner og den bevisbyrde som følger av det. Brudd på markeds adgang og nasjonal behandling er bare berettiget dersom det er innskrevet som unntak i bindingslister, eller etter den uttømmende liste unntak i Art. XIV (generelle unntak) eller Art. XIV(a) (sikkerhetsunntak). Bevisbyrde etter Art XIV vil ligge på den forsvarende stat, det vil si at den forsvarende stat må demonstrere at de aktuelle tiltak er nødvendige for å beskytte et av de listede unntak, for eksempel offentlig moral. Etter Art. VI:4 vil bevisbyrde på klagende stat, det vil si at det er opp til den klagende stat å bevise at det aktuelle tiltak ikke er nødvendig for det oppgitte formål.

9.2.4 Art VI.5

Art. VI.5 inneholder regler om innenlands regulering som skal gjelde i påvente av fremtidige bestemmelser etter Art. VI.4. Kjernen er den samme standard som i Art. VI.4, kvalifikasjoner, tekniske standarder og krav til lisenser må baseres på objektive og transparent kriterier, ikke mer byrdefulle enn nødvendig for å sikre kvaliteten på en tjeneste, og for lisenskrav, ikke i seg selv være en restriksjon på tjenesteyting.¹⁶⁴

Reguleringer underlegges ikke en abstrakt, streng nødvendighetstest etter Art VI.5. Et krav er kun et brudd på bestemmelsen dersom kravet/reguleringen annullerer eller svekker en spesifikke forpliktelser på en måte som ikke er i overensstemmelse med Art. VI.4 a-c, og som ”ikke rimeligvis kunne forventes av dette medlem på det tidspunkt det påtok seg de spesifikke forpliktelsene”. Art VI:5, gjelder kun for bundne sektorer.

9.2.5 Konklusjon

Bestemmelsen kan potensielt få stor innflytelse på nasjonalt regulerings rom. Omfanget og innholdet av en nødvendighetstest vil være bestemmende for hvilken innvirkning Art VI.4 får på nasjonal regulering. Fremtidige bestemmelser bør inkludere element av fleksibilitet slik at WTO medlemmers reguleringsautonomi ikke blir for sterkt begrenset.

¹⁶⁴ Krajewski, ”National regulation and Trade Liberalization in Services” s 152

10 Unntaksbestemmelser

Jeg skal i dette kapittelet ta for meg unntaksbestemmelser i GATS- avtalen. Det er imidlertid viktig å være klar over at unntak for offentlige tjenester, punkt 10.1, ikke er en egentlig unntaksbestemmelse. Unntaket omfatter tjenester som etter sin natur faller utenfor GATS avtalens rekkevidde. I motsetning gjelder unntaket for offentlige innkjøp (punkt 10.2) og generelle unntak (punkt 10.3) tiltak som i utgangspunktet omfattes av GATS-avtalen, men som på nærmere bestemte vilkår kan unntas alle eller enkelte av dens bestemmelser.

10.1 Unntak for offentlige tjenester?

10.1.1 Innledning

Det er viktig å avklare hvorvidt offentlige tjenester faller inn under GATS- avtalens virkeområde fordi mange sosiale tjenester, deriblant vanntjenester, ofte leveres av det offentlige, jf kapittel 4. Betyr dette at offentlig leverte vanntjenester *per se* faller utenfor GATS- avtalens virkeområde? Dette avhenger av hvordan unntaksbestemmelsen i Art 1.1 tolkes. Dersom offentlige tjenester er unntatt etter Art. I.3 c, så vil de falle utenfor avtalen selv om det er tatt bindinger innen den aktuelle sektor/vannsektoren. I relasjon til unntaket for offentlige tjenester er problemstillingen hvorvidt myndighetene som tjenesteleverandør (ikke som regulator) kan unnta fra GATS.

Begrepet 'offentlige tjenester' har ingen presis juridisk betydning. Konseptualisering av hva som er 'offentlige tjenester' varierer med ulike kontekster, mellom ulike grupper i samfunnet og mellom ulike nasjoner. Dette skyldes både historiske utviklinger, varierende sosiale og politiske verdier, og ulike oppfatninger om statens rolle i markedet. I Europa er det for eksempel en sterk tradisjon for offentlig helsesystem, mens i USA er helsevesenet

primært supplert på markedspremisser. Delvis skyldes forskjellene også ulik tilgang på ressurser i forskjellige stater, og det kan være store forskjeller mellom utviklingsland og industriland.

To tilnæringsmåter: institusjonell tilnærming som fokuserer på den legale og institusjonelle vilkår som styrer tilførsel (for eksempel eierskapsstatus, markedsorganisering), og en funksjonell tilnærming basert på politiske mål (for eksempel distribusjons og kvalitetsrelaterte faktorer, eller konsept om universell tilgang). Gitt den vide rang av institusjonelle arrangementer som eksisterer i ulike jurisdiksjoner med betydelige variasjoner over tid, syntes ikke den første tilnærming å være passende. Tjenester som tilbys av stats eide fasiliteter hvis kostnader dekkes direkte av staten, kan i praksis være umulige å skjelne fra tjenester som ytes av private kommersielle aktører hvis brukere får refundert kostnader fra det offentlige.¹⁶⁵

GATS bruker ikke begrepet offentlige tjenester, men etter Art I,3 er 'tjenester som ytes under utøvelse av statsmyndighet' unntatt fra avtalens virkeområde.

10.1.2 Utøvelse av statsmyndighet

Utøvelse av statsmyndighet impliserer et forhold av makt og kontroll overfor borgerne, og også makt til å gjøre bindende beslutninger for andre. Myndighetsaktivitet der myndighetene utøver autoritet kan vanligvis skilles fra myndighetenes aktivitet som økonomisk aktør eller tjenesteleverandør. Det første antyder en form for underordning mellom myndighet og borger og vil vanligvis være underlagt offentligrettslig lovgivning, mens den siste impliserer likeverdig forhold og et element av koordinering mellom borgere og myndigheter vanligvis underlagt privatrettslig lovgivning.¹⁶⁶

¹⁶⁵ WTO, Economic Research and Statistics Division; "Public Services and the GATS", Rolf Adlung (2005)

¹⁶⁶ Krajewski; "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework"

GATS definerer imidlertid begrepet ”utøvelse av statsmyndighet” som ”enhver tjeneste som verken ytes på kommersiell basis eller i konkurranse med én eller flere tjenesteytere,” art 1.3 c). Det er nødvendig med en nærmere tolkning av hva som ligger i disse begrepene for å avklare hva som omfattes av unntaket. Begrepene ”kommersiell basis” og i konkurranse” er ikke definert i GATS, og de har foreløpig ikke vært oppe til tolkning i WTOs tvisteløsningsorgan.

10.1.3 Kommersiell basis

En av de første forfattere som foretok en detaljert analyse av unntaket for tjenester under utøvelse av statsmyndighet, Markus Krajewski, peker på to mulige betydninger av ordet ”kommersiell”;

Basert på Oxford Dictionary¹⁶⁷ kan ’Commercial’ bety henholdsvis ”involving or relating to the buying and selling of goods” eller ”organizations and activities ... concerned with making money or profits, rather than, for example, with scientific research or providing a public service”.

I den første betydning av ordet er ikke profittmål en del av definisjonen, og i dette tilfellet vil for eksempel supplering av vann til en lav, subsidiert pris involvere ’buying or selling’ og dermed falle inn under definisjonen av ’commercial’. I den andre betydningen av ordet ’commercial’, forstås ordet slik at det må innebære aktiviteter hvor man søker å oppnå profitt. I så tilfelle vil levering av vanntjenester til subsidiert pris kunne falle utenfor såfremt tjenesteleverandøren har forbud mot å ta profitt hensyn.

Definisjonen av ’commercial presence’ (mode 3) fremgår av Art XXVII:(d) som ’forretningsvirksomhet av enhver art eller yrkesvirksomhet’. Denne definisjonen antyder at ’commercial’ i GATS sammenheng innebærer en forestilling om profitt, fordi

¹⁶⁷ Collins Advanced Learner’s Dictionary (2003)

forretningsvirksomhet eller yrkesvirksomhet vanligvis har profitt som formål¹⁶⁸. Krajewski fremholder at dette medfører at dersom en tjeneste ikke har profitt som formål, så er den ikke supplert på kommersiell basis.

Dette løser imidlertid ikke alle tolkningsspørsmål. Det vil i forlengelsen av dette være nødvendig å avklare hvilket konsept av profitt er relevant; positiv pengestrøm, overskudd i form av utbytte eller overskudd etter full kostnadsgjenvinning. Videre oppstår det spørsmål om hva som er den relevante tidsperiode. Og hvordan blir situasjonen for en virksomhet som ikke klarer å leve opp til leverandørens underliggende profittmotive, eller hva med en tjeneste som utilsiktet viser seg å være lønnsom?

Det kan imidlertid være å gå for lang å bruke pris som eneste indikator i vurderingen av om en tjeneste er ”kommersiell”. Krajewski fremholder i denne sammenheng:

“.....it seems that the pure existence of a price is not the only determining factor of the notion of „commercial“. It is doubtful, for example, if the act of selling between two friends can be considered „commercial“. Also the provision of a product for free could be considered “commercial” in certain circumstances, for example, when selling one good and providing another one for free (“buy one, get one for free”). Therefore, while the price seems to be an important factor in determining if the exchange of a product is called “commercial”, it is not the only factor.”

Krajewski viser til at andre omstendigheter kan spille en like viktig rolle og argumenterer med at man må skille mellom ulike priser avhengig av hvorvidt tjenesten ytes til markedspris, eller til en pris som kun dekker kostnadene til tjenesteyter eller en pris under faktiske kostnader (som nødvendigvis gjør andre inntekter for tjenesteyter, for eksempel skatt, subsidier eller profitt fra annen økonomisk aktivitet). Det er en glidende overgang mellom å levere en vare for profitt og for gratis, og det må derfor avgjøres på sak til sak basis hvorvidt en pris som er under kostnader eller kun dekker kostnader skal anses som ”kommersiell”.

¹⁶⁸ Krajewski; Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework

Også Adlung fremhever at det gjøres en distinksjon mellom på den ene siden bruk av en heller symbolsk dues som kan være rettet mot å unngå overdreven etterspørsel, ventekøer eller for å nå et offentlig politisk målsetting.¹⁶⁹ For at en tjeneste skal anses som kommersiell, må det kreves et element av strategisk økonomisk oppførsel, for eksempel slik at en operatør i forbindelse med prissetting tar hensyn til preferanser hos potensielle brukere og / eller tilgang på alternativ levering. Men samtidig slører en slik bred tolkning skillet mellom kommersiell og i konkurranse, som er det andre vilkåret i unntaket for utøvelse av statsmyndighet.

Det kan være illustrerende å forsøke å anvende unntaket for utøvelse av statsmyndighet spesifikt til tjenesteleveranser i vannsektoren. Som vist i kap 3, kan slike leveranser ta en rekke ulike former, og graden av myndighetenes rolle kan variere betydelig. Skal se på 3 ulike varianter:

Vanntjenester levert fra privat leverandører til nettverks operatører.

Det er vanlig for offentlige vannmyndigheter å kjøpe visse tjenester fra kommersielle leverandører, typisk fakturering, installasjonstjenester, reparasjoner, vanntesting og analyse, etc.¹⁷⁰ Slike tjenester vil nesten alltid være supplert på ”kommersiell basis” i relasjon til art I:3. De er vanlige tjenester som alle andre, underlagt kommersielle satser for godtgjøring og kjøpt inn i kontekst markeds konkurranse for slike tjenester. Det faktum at det er det offentlige som er innkjøper, kan neppe i seg selv tilsi at de ikke er suppler på kommersiell basis.

¹⁶⁹ Adlung; : ”Public Services and the GATS”

¹⁷⁰ Lang; “The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry” s.

Vanntjenester levert av privat operatør direkte til konsument

En slik situasjon er typisk ved full privatisering hvor vannselskaper selges til private operatører. Dette kan også forekomme i konsesjonsliknende arrangement, avheng av en analyse av kontraktens innhold for å klargjøre hvorvidt bevillingshaver leverer tjenesten direkte til konsument eller til den offentlige vannmyndighet, eller begge.¹⁷¹ Kommentarer fra møter i "Working Party on GATS Rules" indikerer at minst to medlemmer av WTO anser tjenester levert under slike konsesjonsliknende arrangement er tjenester supplert "under utøvelse av statsmyndighet".¹⁷² En kan forstå denne innfallsvinkel, gitt det faktum at konsesjoner innebærer et element av myndighetsutøvelse, og at den private operatør på en måte tar plassen til den offentlige myndighet. Men bevillingshaver er utvilsomt kommersielle operatører, og de leverer en tjeneste for profitt. I dette perspektivet vanskelig å se hvordan slike tjenester ikke kan være supplert på kommersiell basis.

Tjenester som leveres til konsumenter fra offentlige vannmyndigheter

Denne varianten utgjør de vanskeligste tilfeller. Hvorvidt slike tjenester skal regnes som kommersielle vil avhenge av i hvilken grad den aktuelle myndighets tjeneste har blitt kommersialisert. Utviklingen de siste par tiår har gjort det vanlig å kommersialisere vanntjenester. Mange faktorer er aktuelle for å bestemme hvorvidt vanntjenester er kommersialisert. Prisnivå vil være sentralt. Desto nærmere full kostnadsgjenvinning eller profitt skapende nivå, desto større sjanse for å bli ansett som kommersiell. Men restrukturering av tariffer til full kostnadsgjenvinning er bare en av mange måter å skape finansiell autonomi, også uavhengig finansiering av sosiale program, grad av ledelsesautoritet hos leverandør, og grad av politisk styring vil være viktige element i vurderingen.¹⁷³ Mange offentlige tjenester suppleres også gjennom P3s eller private

¹⁷¹ Lang; "The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry" s 819

¹⁷² Se WTO doc S/WPGR/M/18 at 18 (Argentina) og S/WPGR/M/22 at 27 (Hong Kong)

¹⁷³ Lang; "The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry" s 820

finansielle initiativ. Disse sammenslutningene vil som regel ha profittmål. Nivået og naturen av det kommersielle forholdet mellom offentlige vannmyndigheter og private operatører vil derfor også være en indikasjon på kommersialisering.

10.1.4 I konkurranse med

Art I.3 c) imidlertid to kumulative ”vilkår”. Selv om en tjeneste ikke anses å leveres på kommersiell basis vil den ikke unntas etter art dersom den ”suppleres i konkurranse med en eller flere tjenesteytere”.

Det kan bety at for eksempel en kommune som leverer vann til under kost pris (forutsatt dette ikke regnes som kommersiell basis), ikke nødvendigvis blir unntatt etter art 1:3 c) dersom den leveres i konkurranse med privat aktør. I Frankrike leveres for eksempel vanntjenester av både det offentlige og det private. Det er derfor nødvendig med en nærmere avklaring av hva som ligger i begrepet ”konkurranse med”.

Konkurranse i forretningssammenheng betyr å rivalisere om samme marked. Dette reiser spørsmål om hva som er det relevante marked, og; når henvender en produsent seg til samme marked?

Et aktuelt spørsmål relatert til markedssituasjonen vil være hva som er den relevante referanseramme; lokalt, regionalt, nasjonalt, internasjonalt nivå? Dersom en region har åpnet for privat vanntjenester, betyr det at alle vanntjenester er åpne for konkurranse, eller bare tjenester i den aktuelle region? Vil konkurrerende offentlige og private anbud for å bygge vann infrastruktur innebære/medføre konkurranse i vanntjenester i den aktuelle jurisdiksjon?¹⁷⁴

Videre oppstår spørsmålet om når en produsent henvender seg til samme marked. Dette må avklares ved å se på om to eller flere tjenesteytere leverer samme/ utbyttbare tjenester.

¹⁷⁴ Shrybman; “Thirst for control” s 67

Tjenesteytere er bare i konkurranse med hverandre dersom de kan erstatte hverandre, det vil si tap av en tjenesteyter kan dekkes av andre tjenesteytere

Art 1.3.c) i kontrast med art II og XVI bruker imidlertid ikke et konsept om ”tilsvarende” tjenester eller tjenesteytere. Art 1.3.c referer til ”enhver” tjeneste som er i konkurranse med en eller flere tjenesteytere. Dette åpner muligheten for at ulike / ikke tilsvarende tjenester kan være i konkurranse (eks operasjon på sykehus og farmasøytisk behandling av en lege), og at tilsynelatende like tjenester kan tilbys av ulike tjenesteytere til forskjellig klientell (eks grunnskoleutdanning i private og offentlige skoler). Men i så tilfelle – hvor går grensen mellom tjenester som er i konkurranse og tjenester som ikke er det? Marchetti og Mavroidis bruker konseptet om direkte konkurranse og utbyttbarhet,¹⁷⁵ mens Krajewski bygger på ”a certain degree of elasticity of substitution” som må bestemmes på sak til sak basis.¹⁷⁶

Men det er uklart hvordan substitusjons elastisitet kan etableres for tjenester som leveres tilnærmet gratis (som for eksempel skole og helse i Norge). Elastisiteten defineres normalt i termer av etterspørselsendringer som reaksjon på endringer i relative priser. Hva med for eksempel en hofteoperasjon i England – fra norsk perspektiv er dette en tjenestetransaksjon som faller under mode 2 (consumption abroad). Men operasjonen kan anses som en substitutt for hofteoperasjon i Norge. Det betyr at dersom sameksistens og utbyttbarhet er det samme som konkurranse, vil unntaket for utøvelse av statsmyndighet i art 1:3c i stor grad fratas substans. Utelukkende eksistens av et innenlands monopol vil ikke være tilstrekkelig kriterier i GATS kontekst, gitt at det finnes alternative leveranser tilgjengelige via consumption abroad (mode 2) eller elektronisk (mode 1).¹⁷⁷

¹⁷⁵ Adlung; “Public Services and the GATS” s 9

¹⁷⁶ Krajewski, Markus (200), Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework,

¹⁷⁷ Adlung: “Public Services and the GATS” s 10

10.1.5 Kontekst: sektorbindinger og annekser

Annekser og sektorbindinger kan muligens gi noe veiledning i hvordan begrepet skal ”utøvelse av statsmyndighet” skal tolkes.

Annekset om finansielle tjenester

Art 1.3 har en sektorspesifikk variant; i annekset om finansielle tjenester Art 1b) er begrepet “under utøvelse av statsmyndighet” gitt en nærmere forklaring som;

“...(i) activities conducted by a central bank or monetary authority or by any other public entity in pursuit of monetary or exchange rate policies; (ii) activities forming part of a statutory system of social security or public retirement plans; and (iii) other activities conducted by a public entity for the account or with the guarantee or using the financial resources of the Government..”

De aktiviteter som beskrives i paragraf 1b (i) i Annekset er aktiviteter som per definisjon ikke kan utføres i konkurranse med andre tjenesteytere fordi ”activities conducted (...) in pursuit of monetary or exchange rate policies“ ikke kan utføres av mer enn en enhet i hvert enkelt pengesystem. De aktiviteter som omtales i (ii) og (iii) kan utføres av mer enn en enhet i det enkelte land, men begge bestemmelser er underlagt paragraf 1 c) i annekset i den forstand at de ikke får anvendelse på aktiviteter som utføres av finansielle tjenesteytere “i konkurranse med” en offentlig enhet eller andre finansielle tjenesteytere. Dette relaterer tilbake til spørsmålet om konkurranse som beskrevet over, og rekkevidden av paragraf 1b) i annekset må dermed bestemmes etter den samme begrep om konkurranse som Art 1.3 GATS. Anneks art 1b) klargjør dermed ikke hvordan begrepet ”konkurranse” skal forstås i kontekst av finansielle tjenester.

Spesifikke bindinger

Medlemslandenes bindingslister tyder på at enkelte WTO medlemmer har ansett spesifikke begrensninger som nødvendige fordi de oppfatter unntaket i art I.3 b) som utilstrekkelig i å ekskludere de offentlige tjenester fra GATS’ virkeområde.

Der er bare Bulgaria som bruker begrepet ‘governmental authority’ i sine bindingslister. I Bulgarias listing av miljøtjenester heter det; „*The commitments do not include environmental services supplied in the exercise of governmental authority.*” Bulgaria har inkludert en footnote som definerer disse tjenestene som „regulatory, administrative and control services by government and municipal bodies related to environmental issues“.

Det er noe uklart hvorfor Bulgaria har gjort denne begrensning, all den til „services supplied in the exercise of governmental authorities“ uansett er unntatt fra GATS i medhold av art I:3 b og c. Det kan tolkes som en beskrivelse av Bulgarias forståelse av begrepet, i alle fall i relasjon til miljøtjenester. Denne definisjonen avviker fra den generelle forståelse av art I:3 b, men vil uansett bare ha betydning for Bulgarias bindinger fordi hver enkelt medlem står fritt til å innskrive hva de vil binde.

To medlemmer bruker termen “public services” i sine bindingslister. Den Dominikanske Republikk har listet forhåndsregistrering av utenlandske investeringer som en horisontal begrensning, men har bestemt at registrering er “totally prohibited in public services, such as drinking water, sewage and postal services”.¹⁷⁸

Hong Kong bruker termen “public services” i sine forpliktelser innen telekommunikasjon, som begrenser “value added” tjenester til “public services accessed by its subscribers via, and offered over, circuits provided by public telecommunications transport network services”.¹⁷⁹

EU lister en horisontal begrensning på markedsadgang i mode 3 for “services considered public utilities at a national or local level may be subject to public monopolies or to exclusive rights granted to private operators.”¹⁸⁰

¹⁷⁸ Dominican Republic, Schedule of Specific Commitments, 1994, s. 3

¹⁷⁹ Hong Kong, Schedule of Specific Commitments, 1994, s. 13.

¹⁸⁰ European Communities and their Member States, Schedule of Specific Commitments, 1994, s. 2.

Selv om disse bindingslistene er en integrert del av GATS, representerer de kun hensikt og praksis hos individuelle WTO medlemmer. Allikevel antyder de nevnte bindingslister at flere WTO medlemmer følte at det var nødvendig med spesifikke begrensninger fordi unntaket i Art I:3 (b) ikke er tilstrekkelig til å ekskludere fra GATS rekkevidde de tiltak som er spesifisert i bindingslistene. Dette viser at i alle fall disse medlemmer legger til grunn en snevrere forståelse av Art I.3 (b), og dermed en vid sektorisk rekkevidde av GATS- avtalen.

10.1.6 Konklusjon unntak for offentlige tjenester

Det som blir avgjørende for rekkevidden av unntaket for offentlige tjenester, vil være den juridiske og institusjonelle ramme tjenesten ytes i, og hvor bredt eller snevert Art. I.3 tolkes.

Det er flere uklarheter med hensyn til sameksistens av offentlige og private tjenesteytere. Institusjonelle arrangement varierer fra fullt eierskap hos myndighetene til full markedsorientering – innimellom finnes mange varianter hvor det offentlige og det private opererer i sameksistens. Vilåårene om ikke å være ”kommersiell” eller ”i konkurranse med” synes å begrense unntakets rekkevidde, fordi det ofte er et element av konkurranse eller kommersielle interesser involvert i forsyning av ulike vanntjenester.

Uttalelser fra WTO forhandlinger, juridisk litteratur og den måten medlemsland har forholdt seg til unntak for offentlige tjenester i sine bindingslister, tyder på et snevert virkeområde for Art 1.3

10.2 Unntak for offentlige innkjøp

Tjenester er ofte den største kategori av offentlige innkjøp – spesielt og i økende grad i land som valgt ”outsourcing” og kontraherings strategier.¹⁸¹ Stadig flere stater søker å oppnå økt

¹⁸¹ Sauve; Completing the GATS Framework; Addressing Uruguay Round Leftovers

effektivitet for offentlige tjenester gjennom å legge produksjonen direkte under markedskrefter, så også i vannsektoren.¹⁸² Prosedyrene for offentlige innkjøp er ofte avgjørende hindringer for fri konkurranse, spesielt i sektorer som er nært knyttet til offentlige kostnader.¹⁸³

Offentlige innkjøp kan også ses som en form for regulering gjennom økonomiske intensiver. Myndigheter bruker sine innkjøp til å påvirke økonomisk oppførsel ved å underlegge anbud viss betingelser. Myndighetene kan for eksempel velge å kjøpe varer fra miljøvennlig produksjon, kvinnearbeidsplasser, minoritetsgrupper osv., og på denne måten kan myndighetene oppmuntre til miljøvennlig produksjon eller større likhet blant sosiale grupper.¹⁸⁴

I utviklingsland er marked for offentlige innkjøp generelt mindre enn i høyinntekts land, både i absolutte og relative størrelser. Offisiell utviklingshjelp er ofte knyttet til innkjøp fra giverlandet, og mottakerland kan dermed ikke bruke slik finansiell støtte til å velge fritt blant internasjonale konkurrenter i markedet. Utviklingsland har også færre nasjonale leverandører enn industrialiserte nasjoner, hvilket begrenser den faktiske rekkevidde av diskriminering i favør innenlandsk leverandør. Men et forbud mot å tilgodese innenlandske leverandører ved offentlige innkjøp kan på den annen side begrense mulighetene til å støtte etablering og oppbygging av en nasjonal leverandør.

Offentlige innkjøp som diskriminerer i favør av innenlandsk tjenesteleverandør er i strid med GATS art XVII. Men GATS Art XII unntar på visse vilkår offentlige innkjøp fra bestemmelsene i Art II, Art XVII og Art XVIII. Det er derfor viktig å avklare grensene for dette unntaket.

¹⁸² Sauve; Completing the GATS Framework; Addressing Uruguay Round Leftovers

¹⁸³ Ostrovsky, Speed & Tuerk ; GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poors²

¹⁸⁴ Krajewski; "National regulation and Trade Liberalization in Services" s. 34

Det viktigste regelverket om offentlige innkjøp finnes i Uruguay Round Agreement on Government Procurement (GPA) som trådte i kraft 1.januar 1996. Avtalen er en del av WTO- regelverket, men er bare bindende for de stater som har signert. Fordi det kun er 28 stater som har undertegnet avtalen har den foreløpig begrenset effekt. Jeg avgrenser derfor mot en nærmere drøftelse av GPA.

Generelt forstås offentlige innkjøp som myndigheters anskaffelse av produkter og tjenester for deres eget forbruk, direkte nytte eller bruk.¹⁸⁵ GATS Art XIII gir en nærmere definisjon av hvilke type offentlige innkjøp som kan unntas fra reglene om bestevilkårsbehandling, nasjonal behandling og markedsadgang.

GATS Art XIII.1 får kun anvendelse på ”..lover, forskrifter eller vilkår..”, xiii.1 Dette er snevrere enn begrepet ”tiltak” i Art I.1 som definerer avtalens rekkevidde. Art XIII gjør kun unntak for lover, skrifter eller vilkår som regulerer ”offentlige organers anskaffelse”. Unntaket gjelder kun tjenester som er kjøpt inn for ”offentlige formål” uten ”henblikk på kommersielt videresalg eller med henblikk på bruk i tjenesteytelser for kommersielt videresalg”.

”Offentlige formål” referer gjerne til myndigheters anskaffelse av ’økonomisk’ varer eller tjenester fra en tredjepart men for forbruk av myndighetene selv. Men det er mulig å argumenter for en videre forståelse av offentlige formål, til å omfatte offentlige oppgaver som leveranse av grunnleggende tjenester, bl.a. vann, helse, skole.

Det avgjørende i relasjon til GATS Art XIII er imidlertid hvorvidt anskaffelsen har ”kommersielt videresalg” som formål. Ordlyden reiser liknende tolknings spørsmål som ’på kommersiell basis’ (art I.3). Dette impliserer at dersom en tjeneste som leveres av det offentlige kommer inn under unntaket i art I.3, så vil også innkjøp til denne tjenesten unntas som offentlig innkjøp. På den andre siden – dersom en tjeneste ikke anses som

¹⁸⁵ thirst s 74

offentlig i relasjon til art I:3, så vil heller ikke innkjøp til slike tjenester dekkes av GATS art XIII.¹⁸⁶

Dersom det offentlige har profittmål ved videresalg vil tjenesten klart nok være beregnet for ”kommersielt videresalg”. I vanntjenester som styres etter prinsippet om full kostnadsgjenvinning er situasjonen mer usikker, men dersom det ikke kalkuleres med profitt, vil ikke tjenesten nødvendigvis anses som ”kommersiell”. Det er også uklart om et public-private partnerskap for formidling av tjenester vil kvalifisere som et offentlig innkjøp. For å fastslå om offentlige tjenester kan unntas reglene i Art II, XVII og XVIII, må en se nærmere på den enkelte kontrakt for å avgjøre om den faller inn under uttaket i GATS Art XIII.

10.3 Generelle unntak

Nasjonale reguleringer som ikke er i overensstemmelse med GATS- avtalens bestemmelser kan allikevel være berettiget etter art XIV, generelle unntak, og XIV a, sikkerhetsunntak. Disse unntaksbestemmelsene får anvendelse for både generelle bestemmelser og på spesifikke forpliktelser.

Art XVI og XVIa anerkjenner WTO medlemmers rett til å avvike fra sine GATS forpliktelser for å nå visse nasjonale politiske mål. I lys av GATS brede rekkevidde og potensielt store innflytelse på nasjonal regulering, er de generelle unntak spesielt viktige, fordi de kan tillate medlemmer å opprettholde tiltak som ellers måtte avskaffes.

Art XVI a innholder sikkerhetsunntak, og er av en slik art at de vanligvis ikke vil angå nasjonale reguleringer. Jeg avgrenser derfor mot en videre gjennomgang av Art XVI a.

¹⁸⁶ Lang; The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry” s 822

Et tiltak som skal unntas fra GATS bestemmelsen etter Art XVI må oppfylle tre spesifikke vilkår. For det første må det aktuelle tiltaket tjene et av de listede mål. Andre målsettinger enn de som er listet i Art XVI gir ikke grunnlag for unntak fra avtalen. Den innklagede stat må videre demonstrere at tiltaket er ”nødvendig”, og at det ikke er anvendt på en ”utilbørlig eller diskriminerende måte”, eller som ”fordekt restriksjon på handel med tjenester”.

Appellorganet bekreftet i US- Gambling saken at unntaksbestemmelsene i GATS Art XVI er sammenliknbare med unntaksbestemmelsene i GATT Art XX, slik at det samme resonnement kan anvendes. Appellorganet har tidligere beskrevet Art XX som å tillate ”limited exceptions” fra forpliktelsene som følger av avtalen. Siden WTO ble etablert har Art XX i GATT blitt påberopt i 11 saker. Kun i en sak, Ec- asbestos, vant den forsvarende stat.

10.3.1 Tjene et listet mål

For å bli unntatt fra GATS- avtalens bestemmelser etter Art XVI, må tiltaket for det første være iverksatt for å nå et av de listede mål i Art XVI a-e. Det er verdt å merke seg at Art XVI er en lukket liste med begrenset rekkevidde. Flere viktige politiske formål mangler, slik som miljøhensyn, forbrukervern eller sikring av en tjenestes kvalitet.

I motsetning til XVI a-b som kan rettferdiggjøre ethvert avvik fra GATS, retter bokstav c seg mot tiltak som er nødvendige for å håndheve regler, bokstav d seg spesifikt mot brudd på nasjonal behandling, og bokstav e mot brudd på bestevilkårsregelen. Art XVI a-b er mest relevant i relasjon til tema for denne oppgaven, og jeg avgrenser derfor mot en nærmere drøftelse av bokstav c, d og e.

WTO Panel kan forkaste myndighetenes karakteristikk av de politiske mål et tiltak skal tjene. I EU- Preference saken¹⁸⁷ prøvde EU å bruke unntaket tillatt for beskyttelse av liv og

¹⁸⁷ World Trade Organization, ”European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries – Report of Panel”, WTO dok. WT/DS246/R (2003)

helse for å forvare sin fortrinnsberettigede behandling av visse utviklingsland. Disse tiltak hadde en målsetting om å bidra til bærekraftig utvikling som et alternativ til produksjon av ulovlige rusmidler. Men bærekraftig utvikling er ikke et mål som er inntatt i GATT art XX. Derfor kunne heller ikke EU rettferdiggjøre sitt tiltak i relasjon til dette formålet. EU hevdet videre at tiltaket kvalifiserte under unntaket for helse, fordi det bidro til å beskytte liv og helse i Europa ved å begrense tilførsel av ulovlige rusmidler. Men panelet fastslo at ingenting i lovgivningen nevnte dette målet, og siden ingen kontroll var på plass, falt tiltaket ikke inn under de tillatte unntak. Selv om et tiltak kan være positivt, så faller det altså utenfor dersom det ikke omfattes av de eksplisitt nevnte formål.

10.3.2 Offentlig moral eller orden, Art XVI (a)

Art XVI (a) åpner for unntak for tiltak som skal ”verne den offentlige moral eller opprettholde den offentlige orden”. Fotnoten gir en nærmere presisjon av hva som ligger i den offentlige orden; ”Unntaket vedrørende den offentlige orden kan påberopes bare når grunnleggende samfunnsinteresser er alvorlig truet”

Rekkevidden av bokstav a er dermed begrenset av den snevre definisjonen i fornoten. ”Grunnleggende samfunnsinteresser” er et snevrere begrep enn ”offentlige interesse”, som vanligvis forstås som det offentliges generelle velferd. Begrepet ser ut til å sammenfalle med forestillingen om offentlig politikk eller ”ordre public” i internasjonal privatrett, som referer til lover og standarder av fundamental betydning for staten eller hele samfunnet.¹⁸⁸ Art XVI beskytter bare samfunnsinteressen, statsinteressen blir beskyttet av Art. XVIa.

I den nylige US-Gamling saken¹⁸⁹ ble generelle unntak i GATS drøftet. Ved underkjennelse av panelet, aksepterte Appellorganet USA’s argument om at forbud mot

¹⁸⁸ Krajewski; “National regulation and Trade Liberalization in Services” s 158

¹⁸⁹ WTO, ”United States – Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting Services – Report of Appellate Body”, p.126

internettgambing var dekket av GATS generelle unntak for å verne den offentlige moral eller opprettholde den offentlige orden.

Tolkningen av denne bestemmelsen i US-Gambling markerer et sterkt avvik fra tidligere WTO avgjørelser, som nesten aldri har tillatt bruk av tilsvarende unntak som angår andre WTO regler. Men selv om Appellorganet fant at USA kunne forby gambling under henvisning til beskyttelse av den offentlige moral og orden, så oppfylte ikke USA vilkårene i innledningen av Art XIV.

Appellorganet påpekte at forbudene i de 3 føderale lovene ikke var anvendt konsekvent på alle innenlandske og utenlandske tjenesteytere fordi "Interstate Horseracing Act" kan leses som å unnta innenlandske/nasjonale tjenesteytere fra forbudene mot gambling. Dette utgjør en diskriminering av utenlandske gambling leverandører, og USA hadde derfor ikke anvendt de aktuelle lover konsekvent med kravene i innledningen til Art XIV.

"This WTO panel pulled a Solomon-like stunt in that it gave the U.S. a talking point by reversing the lower ruling and declaring that these gambling laws could theoretically fall under the WTO morality exception but then ruled that in fact the laws did not qualify for such treatment because they failed to meet all of the exception's terms," Lori Wallach, director of Public Citizen's Global Trade Watch.

10.3.3 Verne mennesker, dyrs eller planters liv, Art XVI (b)

Etter Art. XVI (b) kan tiltak som er "nødvendige for å verne menneskers, dyrs eller planters liv eller helse" være berettigede unntak.

Den tilsvarende bestemmelse i GATT har spilt en stor rolle i en rekke saker vedrørende nasjonal regulering i relasjon til helse- og miljøtiltak.¹⁹⁰ I disse sakene ble det akseptert at for eksempel helserisiko i forbindelse med sigaretttrøyking og bruk av produkter som

¹⁹⁰ Thailand – Cigarettes, US-Gasoling, EC-Asbestos

inneholder asbest, berettiget tiltak rettet mot beskyttelse av menneskers, dyr og planteliv eller helse.

GATT bestemmelse XX(g) unntar for konservering av naturressurser. Imidlertid er unntaket for miljø utelatt i GATS. Dette kan få alvorlige implikasjoner for vernet av vann som naturressurs fordi det gjør det vanskeligere å forsvare nasjonale miljøreguleringer. Det er ikke klart hvorvidt tiltak nødvendige for å verne ”menneskers, dyrs eller planters liv eller helse” vil inkludere generell beskyttelse av miljøet, som for eksempel luft, vann, jord og biologisk mangfold uten en direkte link til menneskers, dyrs eller planters liv eller helse. Krajewski fremholder imidlertid at dersom en ser på forhandlings historien, så er det bred enighet om at miljøtiltak inkludert her.¹⁹¹

10.3.4 ”Nødvendighet”

GATS Art XIV a, b og c krever at det aktuelle tiltaket skal være ”nødvendig” for å oppnå det aktuelle politiske mål.

WTO Panel har i flere saker relatert til generelle unntak etablert at nødvendigheten av et tiltak avhenger av om det finnes et ”WTO- consistent alternative measure which the Member concerned could `reasonably be expected to employ` is available, or whether a less WTO- inconsistent measure is `reasonably available`”.

Appellorganet har fremholdt tre kriterier som må veies og balanseres i en slik test. For det første vil Appellorganet vurdere den relative viktighet av de verdier tiltaket skal ivareta. Videre vil Appellorganet se på tiltakets effektivitet i å nå disse mål. I denne relasjon har Appellorganet uttalt at et tiltak må være nærmere ”indispensable” enn kun ”making a contribution”.¹⁹² Appellorganet vil også se hen til tiltaks innvirkning på handel. Dess mer hendelshindrende, desto vanskeligere å bevise at det er nødvendig. I denne bedømmelsen av

¹⁹¹ Krajewski; National regulation and Trade Liberalization in Services s 161

¹⁹² Korea – Beef para161

et tiltaks ”nødvendighet” inntar Appellorganet en rolle som vanligvis tilligger nasjonal lovgiver. En slik balansering av ulike hensyn går rett inn i hjertet av nasjonal politikkutforming. Politiske mål som for eksempel forbrukerbeskyttelse eller miljøbeskyttelse blir ofte veid mot den innvirkning tiltaket vil ha på individuell frihet, eller økonomisk effektivitet. Denne prosessen og resultatet av en slik balansering er forskjellig i ulike regulerings system., på grunn av politiske, sosioøkonomiske eller kulturelle forskjeller.

Myndigheter kan i teorien oppnå det nivå av beskyttelse de ønsker gjennom å velge et tiltaks strenghet. Men i praksis kan tvistepanel overprøve myndighetene. I Korea- Beef saken ble for eksempel Koreas forklaring om at de forsøkte å fjerne bedrageri i forbindelse med biffsalg avvist av Appellorganet som uttalte: ”We think it unlikely that Korea intended to establish a level of protection that totally eliminates fraud...”¹⁹³

I US-gambling ble ikke effektiviteten av USA forbud mot internett gambling egentlig evaluert. Panelet og Appellorganet antok at å forby i gambling vil forhindre borgerne i å gamble. Det faktum av 60 % av globalt utbytte innen gambling kommer fra amerikanske gamblere¹⁹⁴ ble ikke vurdert i relasjon til effektiviteten av de omstridte lover mot i gambling.

Men i Dominican Republic – Cigarettes avgjørelsen bare noen uker etter US-gambling, tok Appellorganet en annen tilnærming. Den Dominikanske Republikk lyktes i å bevise at formålet var viktig, at det aktuelle tiltak bidro til dette formålet og at tiltaket ikke hadde stor innvirkning på handel. Dette var allikevel ikke tilstrekkelig for Appellorganet som i stor grad baserte sin avgjørelse på det syn at det fantes bedre alternativ for å nå de aktuelle formål. I en gjennomgang av dommen i American Society of International Law`s nyhetsbrev påpekes problemer i forbindelse med WTOs evaluering av effektivitet ved et myndighetstiltak:

¹⁹³ Korea –Beef, para 178

¹⁹⁴ Gould; How the GATS Undermines the Right to Regulate, Lessons from the US – Gambling Case

*“This ruling raises concerns because it is based in part on a subjective judgment by the AB on a matter on which it arguably has less expertise than the government concerned has. The question as to whether a hypothetical WTO-consistent law would have a specified effect on tax avoidance in a particular country is not one on which members of an AB are likely to have expertise, since they are not experts in either tax or the operation of the economy of the Dominican Republic.”*¹⁹⁵

WTO har i flere saker etablert at nødvendigheten av et tiltak avhenger av om det finnes et ”WTO- consistent alternative measure which the Member concerned could `reasonably be expected to employ` is available, or whether a less WTO- inconsistent measure is `reasonably available`.”¹⁹⁶

I US-Gambling fant AB at et alternativt tiltak ikke var ”reasonable available” dersom “*it is merely theoretical in nature, for instance, where the responding Member is not capable of taking it, or where the measure imposes an undue burden on that Member, such as prohibitive costs or substantial technical difficulties. Moreover, a ‘reasonably available’ alternative measure must be a measure that would preserve for the responding Member its right to achieve its desired level of protection with respect to the objective pursued...*”¹⁹⁷

Men i Korea –Beef saken fant AB de beskrevne alternative som ”reasonably available” selv om Korea eksplisitt hadde avvist dem fordi de ikke holdt det ønskede nivå av beskyttelse. Det faktum at det fantes mindre strenge reguleringer i andre områder av Koreansk lovgivning ble brukt mot Korea, til tross for at Korea protesterte med at de ville holde en høyere standard innen detaljhandel med kjøtt.

Hvorvidt det ønskede nivå kan oppnås med alternative tiltak er helt og holdent innenfor WTO panelers diskresjonsmyndighet, og dette gjelder likeledes for vurderingen av om

¹⁹⁵ Patterson, “WTO Appellate Body Rules on Dominican Republic Cigarette Imports”, ASIL Insight (2005), Sitert i Ellen Gould; “How the GATS undermines the Right to Regulate”

¹⁹⁶ Korea –Beef, para 166

¹⁹⁷ US-Gambling, Appellate Report para 308

kostnader ved alternative tiltak er ”prohibitive”, eller vanskeligheter involvert er ”substantial”.

Det er den myndighet som har innført et tiltak i strid med GATS- avtalens bestemmelser som har bevisbyrden for at det aktuelle tiltaket er innført for å oppnå et av de nevnte formål i XIV a-e, og for at tiltaket er nødvendig.

10.3.5 Konklusjon generelle unntak

Appellorganet har fastslått at i vurderingen av hvorvidt et tiltak er berettiget, så må WTO panel bedømme hvor viktige verdier det aktuelle tiltaket skal beskytte; ”The more vital or important those common interests or values are, the easier it would be to accept as `necessary` a measure designed as an enforcement instrument.”¹⁹⁸

Dette innebærer at stort diskresjonsskjønn overlates til WTO panel, og det har fra flere hold blitt stilt spørsmål ved denne overføring av makt til WTO. I hvilken utstrekning skal WTO ha myndighet til å veie medlemmers politiske målsettinger? Og hvilke moment vil WTO panel legge til grunn i denne avveiningen? Hvordan kunne for eksempel panelet i US-Gambling på objektivt basis bestemme hvorvidt Utahs totalforbud mot gambling er tilstrekkelig ”viktig”. WTO har fokus på handelsliberalisering, og vil vurdere bruk av generelle unntak i dette lys. Dermed anvendes svært subjektive kriterier i vurderingen av hvor ”viktig” et politisk mål er, og hvor mye et bestemt tiltak bidrar til dets realisering. Dette antyder at WTO panelers avgjørelse vil være uforutsigbare.

Unntaksbestemmelser påberopt i mange saker for WTO, men resultat av disse tvistesaker tyder på liten sjanse for suksess. US- Gambling den første sak som gjaldt generelle unntak i GATS, og er også en av få saker hvor bestemmelsen om generelle unntak har fått anvendelse. Anvendelse av tilsvarende unntaksbestemmelse har vært opp i GATT- kontekst

¹⁹⁸ WTO, “Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef – report of Appellate Body”, (2000) para 162

i en rekke saker., men resultat av disse panelbehandlingene tyder på liten sjanse for suksess.

11 Konklusjon

Vann er et grunnleggende menneskelig behov, og vannforsyning er i alle land påvirket av offentlig politiske målsettinger.

Hvor den private sektor er involvert i forsyning av vanntjenester, er det viktig at myndighetene beholder tilstrekkelig fleksibilitet og sikrer det regulerings rom som er nødvendig for å nå offentlig politiske målsettinger, herunder å oppfylle sine forpliktelser i relasjon til menneskerettighetene.

Handel og liberalisering av vanntjenester kan føre til fordeler som å sikre nødvendig teknologi, investeringer, og "management" ekspertise som bl.a. kan bidra til bedre dekningsgrad, økt effektivitet og bedre ressurs bruk. Liberalisering vanntjenester kan også ha negativ effekt på oppfyllelse av menneskerettigheten til vann. Liberalisering kan blant annet føre til segmentering av brukermarked i en profitabel og en ikke profitabel del, hvor de private selskaper kun vil betjene de profitable kunder ("cherry picking"). Liberalisering kan også resultere i høyere priser og brukeravgifter i tråd med prinsippet om full kostnadsgjenvinning, og på den måten tvinge fattige og marginaliserte seksjoner til å kjøpe vann til møye høyere rater. Liberalisering kan derfor føre til urettferdig og diskriminerende tilgang vann.

GATS avtalen er fleksibel i sin struktur, og gir det enkelte medlemsland frihet til å bestemme hvilke bindinger det vil inngå for markeds adgang og nasjonal behandling, og også å fastsette i bindingslistene hvilke begrensninger og unntak som eventuelt skal gjelde. Men det er flere innebygde problem i denne fleksibiliteten, deri blant forhandlingspress kombinert med makt asymmetri, skjev liberalisering som ikke nødvendigvis tjener utviklingslandenes behov, lite oversiktlig bindingsmetode og uklarheter knyttet til klassifikasjonssystemet.

Rekkevidde av GATS- avtalens bestemmelser er omfattende, så godt som alle reguleringstiltak på alle myndighetsnivå kan potensielt omfattes av avtalen. GATS- avtalen krever ikke oppheving av offentlig eierskap eller privatisering, men inneholder et generelt krav om likebehandling av offentlige og private tjenesteytere. Hvilken innvirkning GATS-avtalen får avhenger i stor grad av bindingslistene, der et land har påtatt seg spesifikke bindinger inne en sektor GATS kan få omfattende konsekvenser for myndighetenes reguleringer.

Hvorvidt og i hvilken grad GATS begrenser myndighetenes regulerings rom avhenger videre av hvilken tolkning eller innfallsvinkel en velger.

Det er mulig å tolke GATS- avtalen i et menneskerettighetsperspektiv. En slik innfallsvinkel impliserer at stater som involverer private aktører i ytelse av vanntjenester er juridisk forpliktet til å etablere effektive og fleksible reguleringsmekanismer som kan sikre progressiv realisering av retten til vann for alle mennesker. Men tvisteløsning i WTO og uttalelser fra både sekretariatet medlemmer tyder på relativt vid tolkning av avtalen. I WTO er fokuset først og fremst på handelsliberalisering, og det er tvilsomt om en tolkning i et menneskerettighetsperspektiv vil vinne igjennom på bekostning av lytterligere liberalisering.

Avtalens har mange uklare bestemmelser, og omfanget av deres anvendelighet er underlagt skjønnsmessig tolkning i WTO. Men fordi reguleringstiltak er ofte er nøye balanserte sosiale kompromiss, er det tvilsomt om WTOs tvisteløsning er egnet til å foreta slike avveininger. Å overføre en slik kompetanse til WTO er en inngripen i nasjonal autonomi som kan komme i konflikt med statenes menneskerettighetsforpliktelser.

Der det er inngått spesifikke bindinger, medfører de uklare bestemmelser problem to veier; næringslivet har behov for stabilitet og forutsigbarhet, og myndighetene har behov for regulerings rom. Når ingen vet hvor de nøyaktige grensene går så vil dette kunne begrense

næringslivets investeringer. I vannsektoren er det særlig viktig for private aktører å vite hvilket rammeverk de må forholde seg til, både fordi det er påkrevd med omfattende investeringer i infrastruktur og fordi konsesjonskontrakter gjerne går over svært lang tid. På den annen side bidrar denne uklarhet til å begrense myndigheters regulering rom. Der stater har inngått bindinger, kan uklarheten ha en kjølede effekt på myndigheters reguleringer fordi en ikke vil risikere en tvist i WTO. Dermed oppstår en tap- tap situasjon som verken bidrar til økte investeringer eller bedre måloppnåelse gjennom reguleringer for myndighetene.

GATS avtalen er relativt ny, og foreløpig foreligger det begrenset tolkningsmateriale som kan bidra til å klargjøre rekkevidden og innholdet av ulike bestemmelser. Fremtidige forhandlinger bør søke å avklare tvetydige bestemmelser og gjennomføre en vurdering av hvilke konsekvenser bindinger vil ha på medlemslandenes regulerings rom. For utviklingsland er det også vesentlig å styrke institusjonell regulerings kapasitet. Utviklingsland bør være tilbakeholdne med bindinger i sensitive sektorer som vann. GATS- avtalen kan få omfattende innvirkning på staten som både tjenesteleverandør og regulator i vannsektoren, og dermed påvirke statens evne til å oppfylle sine menneskerettsforpliktelser.

12 Literaturliste

Adlung, R "Services Trade Liberalization from Developed and Developing Country Perspectives" (1999)

Adlung, Rolf: "Public Services and the GATS", WTO, Economic Research and Statistics Division (2005)

Black's Law Dictionary 928 (5th edition)

Brubaker, E., "The Promise of Privatization", (2001) Energy Probe Research Foundation

CELA Report no 397

Ostrovsky, Speed & Tuerk ; GATS and Water: Retaining Policy Space to Serve the Poor (August 2003) Presented at the World Trade Organization's 5th Ministerial in August, 2003) http://www.ciel.org/Publications/GATS_5Sep03.pdf

Chandra, Rupa; Social Services and The GATS; Key Issues and Concerns, World Development, Vol. 31, Nr. 12 (2003)

Chandra, Rupa; GATS and its implications for developing countries; Key Issues and concerns, DESA Discussion Paper no.25 (2002) ST/ESA/2002/DP.25

CIEL, Second Guessing National level Policy Choices: Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Service Negotiations (2003).

<http://www.ciel.org/Publications/pubtae.html>

Collins Advanced Learner's Dictionary (2003)

Deckwirth, Christina; Water almost out of GATS?, A Corporate Europe Observatory Briefing, (2006)

E-Commerce Times, "Internet Gambling – Regulate or litigate?", 2. November 2004

E-Commerce Times, "WTO Turns Up Heat on US Gambling Ban", 10 november 2004

European Commission (2002): letter "Follow-up to meeting on trade in environmental services in WTO negotiations, 17 mai 2002. Corporate Europe Observatory (CEO).

European Commission (2003): Note for the Attention of M.P. Carl Director General DG TRADE. EC position on environmental services – the question of water related services, Brussel. Corporate Europe Observatory (CEO)

European Commission (2002): Letter "Follow-up to meeting on trade in environmental services in WTO negotiations, 17 mai 2002, Brussel". Dette dokumentet kan leses i Ellen Gould (2003): Water in the Current Round of WTO Negotiations on Services. Canadian Center for Policy Alternatives. Briefing Paper Series: Trade and Investment. Volume 4, Number 1

European Water TNCs: Towards Global Domination? Water Justice Info Brief 1. Amsterdam

Fauchald, Ole Kristian Flexibility and Predictability under WTOs Non-Discrimination Clauses, I Kluwer Law International Vol. 37 Nr. 3 (2003)

Global Policy Forum; "A Shared Vision: The EU Water Policy and European Water Corporate Interests", Charles Santiago (2003)

Gould, Ellen; How the GATS Undermines the Right to Regulate, Lessons from the US – Gambling Case, CCPA Vol. 6, nr. 4 (2005)

Gould, Ellen; The US-Gambling Decision, A Wakeup Call for WTO Members, CCPA Vol. 5, nr 4 (2004)

Grunfeld, Leo A. "Eksport av tjenester og Potensialet for økt verdiskapning i Norge", Nupi notat 651. (2003) <http://www.nupi.no/IPS/filestore/651.pdf>

Hilary, John; "GATS and Water: The Threat of Services Negotiations at the WTO" (2003) Save the Children, UK

Hudec, Robert "GATT/WTO Constraints on National Regulations; Requiem for an "Aims and Effect" test", 32 Int Lawyer 619 (1998)s 16

Jawara, F.: "Behind the Scenes at the WTO: The real world of international trade negotiations" Zed Books (2003)

Kelsey, Jane; Legal Fetishism and the Contradictions of the GATS in Globalisation, Societies and Education, Vol. 1, Nr 3 (2003)

Kenneth Maxine, Neumann, Dr. Jan og Tuerk, Elisabeth; Second Guessing National Level Policy Choices; Necessity, Proportionality and Balance in the WTO Service Negotiations, CIEL Paper (2003)

Kirpatrick; "Regulation and the Privatization of Water Services in developing Countries: Assessing the Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS)", Centre on regulation and Competition, Working Paper Series nr. 67

Krajewski, Markus: "National regulation and Trade Liberalization in Services" (2003), Kluwer Law International, ISBN 90-411-2141-2

Krajewski, Markus (200), Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework, Journal of International Economic Law, Vol. 6, No 2, s 353

Lang, Andrew; "The GATS and Regulatory Autonomy: A case Study of Social regulation of the Water Industry" I Journal of International Environmental Law Vol. 7 Nr.4, (2004) s. 801-838

Lyla Mehta and Birgit la Cour Madsen; "Is the WTO after your water? The general Agreement on Trade in Services (GATS) and poor people`s right to water", Natural Resource Forum 29 (2005)

McCaffrey, Stephen; The Human right to Water revisited (2004), http://www.mcgeorge.edu/international/global/mccaffrey_paper.htm

Mattoo, Aaditya: "National Treatment in the GATS: Corner-stone or Pandora`s Box?", 22. januar 1997

Marchetti, Juan A.: "What Are the Main Challenges for the GATS Framework? Don`t Talk About Revolution" publisert i European Business Organization Law Review 5: 511- 562 (2004)

Mitlin, Diana, Water, Development and the GATS (2003), International Center for Trade and Sustainable Development, http://www.ictsd.org/pubs/series.htm#Natural_Resources

Moore, M. "World Trade Needs Atlantic "Big Boys" to get Together", In European Affairs, vol.1, no 3 (2000)

Nijhowne, Shaila, "Classification, the Measurement of Production and International Trade in Services and GATS" (2005) www.census.gov/eos/www/napcs/papers/related1.pdf

Newborne, Peter, Water and the GATS: Mapping the Trade - Development Interface, ODI Briefing Paper, October 2005, <http://www.odi.org.uk/publications/briefing/wpp/index.html>

Ostrovsky, Aaron: GATS, Water and the Environment" (2003). Ciel and WWF International Discussion Paper, October 2003

Pahle, Simon: Gats and Privatisation of Water Services (2005). Kirkens Nødhjelp. Ikke publisert.

Patterson, Eliza; "WTO Appellate Body Rules on Dominican Republic Cigarette Imports", ASIL Insight (2005), Sitert i Ellen Gould; "How the GATS undermines the Right to Regulate", CCPA Briefing Paper, vol. 6 nr. 4 (2005)

Sinclair, Scott "GATS: How the World Trade Organization`s new `services` negotiations threaten democracy," Canadian Centre for Policy Alternatives (200) Sinclair s 52

Sinclair, Scott; The GATS, South African local governments and water services, CCPA Briefing Paper, Vol. 6, nr. 2 (2005)

Shrybman, Steven; Thirst for Control (2002) prepared for Council of Canadians

Speed, Robert og Tuerk Elisabeth; GATS and Water, A Draft Discussion Paper for the Workshop on Trade and Water (2003)

www.ciel.org/Tae/GATS_Publications_17Apr03.html

Salman, Salman M.A. og McInerney-Lankford, Siobhán Alice; The human right to water: legal and policy dimensions (2004) 0-8213-5922-3, h.

Scanlon, John, Cassar, Angela og Nemes, Naomi; “Water as a Human Right?” IUCN Environmental Policy and Law Paper nr. 51 (2004)

Sauve, Pierre, Completing the GATS Framework; Addressing Uruguay Round Leftovers

www.cid.harvard.edu/cidtrade/Papers/Sauve/sauvegats.pdf

Suave, Pierre; *Open Service Markets Matter*, OECD (2001)

Swenarchuk, Michelle, General Agreement on Trade in Services; Negotiations Concerning Domestic Regulations Under GATS Article VI(4), CELA Report Nr. 397 (2000)

www.cela.ca/publications/cardfile.shtml?x=1028

Swenarchuck, Michelle; GATS, Water Services and Policy Options; Ensuring Access to Water and Sanitation The Trade Dimension, Prepared for the International Centre for Trade and Sustainable Development and the World Conservation Union event at the Commission on Sustainable Development, 22 April 2004

Trachtman, Joel P., Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation, in; Matto, Aaditya og Pierre Sauve; Domestic Regulation & Service Trade Liberalization (2003)

Trecco, Olivier: Water and the GATS: Exploring their impact on local level partnerships, (2005) BPD Occasional paper

Tuerk, Elisabeth, Oustovsky, Aaron og Speed, Robert: GATS and Water: retaining Policy Space to Serve the Poor” The Center for International Environment Law (2003)

Tuerk, Elisabeth og Holland, Richard; GATS, Water and the Environment, CIEL og WWF International Discussion Paper (2003)

Tuerk, Elisabeth og Krajewski, Markus; The Right to Water and trade in services; Assessing the impact of GATS negotiation on water regulation. Presented at the CAT+E Conference #Moving Forward from Cancun#, Berlin 30-31 Oktober 2003

UNCTAD 2002a ”Trade in Services and development Implications: Note by UNCAD Secretariat, TD/B/COM.1/55

United Nations Conference on Trade and Development; List of Economic Need tests in the GATS Schedules of Specific Commitments (1999), UNCTAD/ITCD/TSB/8
Verhosel, note 79 krajewski s 90-91

UN: The Freshwater Resource of the World – A comprehensive Assessment, report of the Secretary General of the United Nations, (1997)

UNCTAD: ”Trade in Services and development Implications: Note by UNCAD Secretariat, (2002) TD/B/COM.1/55
UNCTAD/ITCD/TSB/8

UN High Commissioner for Human Rights; ‘Economic, Social and Cultural rights: Liberalization of trade in services and human rights’, (2002) E/CN.4/sub.2/2002/9

U.N. Doc. E/C.12/2002/11, 26.november 2002, vedtatt av the ESC-komiteens 29.sesjon, holdt in Genève fra 11.- 29. november 2002 (General Comment 15) CESCR,

U.N. DocGeneral Comment nr. 06: Retten til livet (art. 6): .30/04/82

Universal Declaration of Human Rights, <http://www.un.org/Overview/rights.html>

FNs konvensjon om barnets rettigheter, vedtatt av FN 20 november 1989

FNs konvensjon om å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner, vedtatt av FN 18 desember 1979

Tusenårsmålene, <http://www.un.org/millenniumgoals/>

Verhosel, Gaetan; National Treatment and WTO Dispute Settlement – Adjudicating the Boundaries of Regulatory Autonomy, Oxford: Hart (2002)

Vienna Convention on the Law of Treaties, adopted on 22 May 1969

Whalley, John, Developing Countries of Liberalisation in Services Trade (2004) Blackwell Publishing, UK

WHO, The Global Water Supply and Sanitation Assessment, 2000

World Development Movement (WDM) 2003:9

World Development Movement (WDM) 2003:12

WTO dokumenter:

WPDR: Communication from Japan, Draft Annex on Domestic Regulation (2003)
JOB(03)/45

WPDR: Summary of Discussions on the Checklist of Issues for the WPDR 3. desember
2002, JOB(02)/3/REV.3, no.4

WPDR; Minutes of the Working Party, 3.juli 2001, S/WPDR/M/12

WPDR; Minutes of the Working Party, 2. oktober 2001, S/WPDR/M/13

WTO-facts and fiction,

WTO - Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note,
MTN.GSN/W/164, page 6

WTO Scheduling of Initial Commitments in Trade in Services: Explanatory Note,
MTN.GSN/W/164, page 6

WTO - Committee on Specific Commitments - Communication from the European
Communities and their Member States - Classification Issues in the Environmental Sector,
18. September 1999, WTO document S/CSC/W/25

WTO, Working Party on Professional Services, "The Relevance of the Disciplines of the
Agreement on Technical Barriers to Trade on Import Licensing to Article VI.4 of the
GATS", Note by the Secretariat, 11.sept 1996, (S/WPPS/W/9)

WTO, WPDR, Summary of Discussions on the checklist of Issues for the WPDR,
Revision, 3 des 2002, at 4

WTO; "European Communities and Their Member States – Schedule of Specific Commitments", GATS/SC/31

WTO, Working Party on Professional Services, "The Relevance of the Disciplines of the Agreement on Technical Barriers to Trade on Import Licensing to Article VI.4 of the GATS", Note by the Secretariat, 11.sept 1996, (S/WPPS/W/9)

The People's Republic of China, Schedule of Specific Commitments. GATS/SC/135

Egypt, Schedules of Specific Commitments, GATS/SC/30

Switzerland, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/83

WTO, Council for Trade in Services, "Article VI.4 of the GATS: Disciplines on Domestic Regulation Applicable to all Services," Notat fra sekretariatet, 1999, para 27 (S/C/W/96)

Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector - Adopted by the Council for Trade in Services on 14 December 1998, S/L/64

Dominican Republic, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/28, 15 April 1994

Hong Kong, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/38, 15 April 1994

European Communities and their Member States, Schedule of Specific Commitments, GATS/SC/31, 15 April, 1994, p. 2.

Avgjørelser

GATT Panel Report - Thailand - Restrictions on Importation of and Internal Taxes on Cigarettes, Report of the Panel (1990) BISD 37S/200

GATT Panel Report - Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery, (1958) BISD/7/60L/833

United States - Section 337 of the Tariff Act of 1930, Report of the Panel, WT/DS108/RW

US-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages (1992) BISD 39S/206

United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (1996), WT/DS2 og WT/DS4

Japan- Taxes on Alcoholic Beverages, Rapport fra Appellorganet WT/DS8, WTDS/10, WT/DS11

European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products - Report of the Panel (2000) WT/DS135/R

”European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries – Report of Panel”, WT/DS246/R (2003)

European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos- Products - Report of the Appellatebody, (2001) WT/DS/135

European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Report of the Panel, WT/DS27/R

Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef – report of
Appellate Body, (2000) - WT/DS161/AB/R

Canada- Certain Measures Concerning Periodicals (1997) WT/DS31

United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting
Services - Report of the Panel (2004) WT/DS285/R

United States – Measures Affecting the Cross-border Supply of Gambling and Betting
Services – Report of Appellate Body, (2005)WT/DS285/AB/R